

RAZIONALITÀ LIMITATA E REGOLE CONTRATTUALI: PROMESSE E PROBLEMI DELLA NUOVA ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

Giuseppe Bellantuono

1. Introduzione. Regole giuridiche e teorie del comportamento
2. Il contributo della psicologia cognitiva all'analisi economica del diritto
3. Il dibattito sulla razionalità nella teoria economica
4. Incompletezza contrattuale e preferenza per lo status quo
5. La razionalità delle istituzioni
6. Conclusioni

1. Introduzione. Regole giuridiche e teorie del comportamento

Le ipotesi sulla razionalità individuale rappresentano da tempo il terreno di scontro privilegiato per sostenitori e critici dell'approccio economico al diritto (generalmente designato con l'acronimo EAL). Già negli anni settanta i primi tentativi di analizzare problemi giuridici con gli strumenti della microeconomia furono contrastati da chi reputava irrealistico il modello di comportamento proposto dagli economisti. In seguito è stata più volte sottolineata la distanza che separa tale modello dalle più articolate descrizioni elaborate nel campo della psicologia e della sociologia.¹ L'accusa di scarso realismo è stata spesso affiancata dal rilievo che l'obiettivo della massimizzazione dell'utilità non tiene conto dei principi etici e dei fattori emozionali che condizionano il processo decisionale. L'obiezione di gran lunga prevalente riguarda però le illimitate capacità cognitive di cui gli individui dovrebbero disporre per rispettare gli assunti della scelta razionale. E' ormai abituale il riferimento alle prove empiriche e sperimentali che dimostrano la sistematica violazione di tali assunti.

Negli ultimi anni una parte consistente della letteratura giureeconomica ha cercato di superare le critiche alla teoria della scelta razionale incorporando nell'analisi i risultati della psicologia cognitiva. E' stato proposto un approccio economico al diritto che, collocando in un quadro sistematico le deviazioni dalla teoria della scelta razionale, mantenga inalterati gli obiettivi di fondo dell'EAL, ma ne aggiorni i risultati sul piano descrittivo e prescrittivo. Le difficoltà nella valutazione dei rischi o

l'influenza delle modalità di rappresentazione sulle scelte individuali, documentate da una parte consistente della letteratura psicologica, possono suggerire interventi di natura e contenuto diversi da quelli proposti nelle analisi di stampo neoclassico. Il ricorso a modelli comportamentali che si distaccano dalle abituali ipotesi sulla razionalità dovrebbe servire a migliorare la comprensione degli incentivi derivanti dalle regole legali e a definire in modo più accurato gli obiettivi che l'ordinamento deve perseguire.

L'interesse dell'EAL per la psicologia cognitiva trova riscontro nella letteratura economica, che dimostra una crescente attenzione per i problemi connessi ai limiti della razionalità. L'incremento dei programmi di ricerca che coniugano rigore dell'analisi e realismo delle ipotesi fa apparire meno convincenti le riserve tradizionalmente manifestate nei confronti di modelli di comportamento che non siano riducibili a pochi e ben individuati assiomi.²

L'evoluzione parallela della teoria economica e della riflessione di EAL non è certo casuale. Entrambe attingono dal programma di ricerca avviato negli anni settanta da Amos Tversky e Daniel Kahneman e generalmente etichettato come *Heuristics and Biases* (d'ora in avanti HB).³ E' opportuno, però, sottolineare che la revisione delle ipotesi sulla razionalità segue percorsi tutt'altro che lineari e non necessariamente coincidenti in campo giuridico ed economico. Benché l'obiettivo di migliorare la capacità predittiva dei comportamenti individuali sia condiviso dalla teoria economica e dall'EAL, lo stesso non può dirsi per le funzioni che la teoria della razionalità è destinata a svolgere nelle due aree. Le esigenze interne a ciascuna disciplina condizionano la recezione dei risultati provenienti dalla psicologia cognitiva. In particolare, la decisione di individuare negli studi di Tversky e Kahneman un'alternativa alla teoria della scelta razionale può considerarsi giustificata alla luce del dibattito sviluppatosi in ambito economico, ma non è chiaro se rappresenti l'opzione preferibile per l'analisi delle istituzioni. Occorre, quindi, stabilire se l'EAL possa limitarsi ad assorbire i modelli di razionalità elaborati in campo economico o debba seguire percorsi meno esplorati ma più promettenti per l'analisi delle regole giuridiche e dei meccanismi istituzionali.

Il secondo e il terzo paragrafo offrono una prima risposta a tale problema mettendo a confronto il dibattito economico sulla razionalità e gli sviluppi più recenti della *Behavioral Law and Economics* (d'ora in avanti BLE). Il risultato più significativo è la sostanziale divergenza delle motivazioni che guidano l'elaborazione delle ipotesi sulla razionalità nei due settori. Tale divergenza si riflette, com'è ovvio, sulla scelta degli aspetti che ciascun gruppo di studiosi ritiene di dover privilegiare. La recezione dei risultati della psicologia da parte degli economisti lascia in ombra alcuni profili di particolare interesse per l'analisi delle istituzioni. Un'importazione acritica dei modelli elaborati in campo economico rischia quindi di realizzare solo in parte l'obiettivo di introdurre la razionalità limitata nell'approccio economico al diritto.

Il quarto paragrafo si propone di verificare l'utilità del modello di comportamento proposto dalla BLE per la scelta delle regole applicabili ai contratti incompleti. Tale scelta è evidentemente condizionata dalle ipotesi sulla razionalità dei contraenti. L'EAL più tradizionale ha utilizzato gli

strumenti della teoria economica neoclassica per individuare il contenuto delle regole di default. La BLE suggerisce invece di tener conto dei risultati sperimentali che documentano la preferenza degli individui per il mantenimento dello status quo. Questo genere di comportamento è stato rilevato in un ampio numero di contesti e potrebbe avere importanti implicazioni per le teorie dello scambio. Non diversamente dalla discussione generale dei paragrafi precedenti, anche l'analisi condotta con riferimento a questo specifico problema dimostra che il passaggio dalla teoria della scelta razionale ad una teoria della razionalità limitata non può dirsi ancora compiuto.

Oltre a suggerire la modifica del contenuto di singole regole, il nuovo corso dell'EAL consente anche di rivisitare il tradizionale confronto fra intervento statale e attività dei privati. Nella prospettiva suggerita da Coase, l'alternativa fra stato e mercato deve essere risolta a favore dell'istituzione che può funzionare con minori costi transattivi. Il nuovo modello di comportamento richiede di tener conto di un'ulteriore variabile, il vantaggio cognitivo che, in determinati contesti e per determinate classi di decisioni, è possibile riconoscere a ciascun assetto istituzionale. A questo tema è dedicato il quinto paragrafo. L'ultimo paragrafo riassume le indicazioni che emergono dalla ricerca e individua alcuni temi che richiedono ulteriore approfondimento.

2. Il contributo della psicologia cognitiva all'analisi economica del diritto

Il punto di partenza della BLE è la constatazione che le previsioni della teoria della scelta razionale sono state ampiamente contraddette dalle osservazioni sperimentali ed empiriche degli ultimi decenni. Da tale constatazione deriverebbe la necessità di utilizzare teorie della scelta che, muovendo da ipotesi più realistiche sui comportamenti umani, consentano di formulare previsioni più accurate sugli effetti di incentivo delle regole giuridiche.⁴ Come si è già rilevato, la revisione delle ipotesi sulla razionalità si colloca nella scia del dibattito sviluppatosi nella letteratura economica. La principale fonte di riferimento è rappresentata dagli studi di psicologia cognitiva che, a partire dagli anni settanta, hanno concentrato l'attenzione sulle differenze fra regole di decisione prescritte dalla teoria della scelta razionale e comportamenti osservabili nella realtà.

Nel panorama giuridico americano l'interazione fra diritto e psicologia era già stata coltivata negli anni ottanta, con particolare riferimento al diritto penale e al comportamento delle giurie.⁵ Le principali novità della BLE consistono nell'esclusivo riferimento al filone di studi che analizza i cosiddetti "errori cognitivi", nonché nel tentativo di utilizzare in modo sistematico quegli studi per riformulare su nuove basi il programma di ricerca dell'EAL.

La letteratura che prende avvio dagli esperimenti di Kahneman e Tversky muove da due ipotesi strettamente connesse: primo, gli individui prendono decisioni servendosi di procedimenti che semplificano la valutazione dei fattori rilevanti; secondo, in alcuni casi tali procedimenti provocano errori sistematici e allontanano gli individui dai risultati che sarebbero stati raggiunti con una corretta applicazione dei criteri suggeriti dalla teoria della scelta razionale.⁶ La mole di esperimenti che negli

ultimi trent'anni ha cercato di documentare l'esistenza di procedimenti decisionali semplificati e degli errori che ne derivano può essere esplorata raggruppando le deviazioni dalla teoria della scelta razionale in tre categorie: a) limiti della razionalità, b) limiti della volontà e c) limiti dell'interesse egoistico.⁷

La prima categoria si riallaccia all'idea di razionalità limitata introdotta da Herbert Simon e individua i casi in cui gli individui utilizzano "scorciatoie mentali" che riducono i costi della decisione ma, nello stesso tempo, non consentono di formulare giudizi accurati. Uno degli esempi più noti è la tendenza a ritenere che gli eventi di cui si abbia una memoria recente possano verificarsi con maggiore frequenza. Chi ha assistito ad un incidente stradale o ha sentito parlare di incidenti aerei sarà generalmente portato a ritenere che le probabilità associate a questo genere di avvenimenti siano superiori a quelle che risulterebbero da un esame obiettivo delle informazioni disponibili. In modo del tutto simmetrico, avvenimenti poco pubblicizzati o di cui non si abbia una conoscenza diretta sono considerati poco probabili.

La tendenza a percepire in modo distorto l'esatta entità dei rischi può avere importanti conseguenze per la regolamentazione di attività pericolose. La formazione di movimenti di opinione contrari all'uso dell'energia nucleare, dei pesticidi o di altre sostanze inquinanti non è necessariamente legata a scoperte scientifiche che consentono di valutare in modo più accurato rischi fino a quel momento sconosciuti. Spesso la richiesta di regolamentazioni più stringenti deriva da meccanismi sociali che amplificano gli errori individuali e provocano i cosiddetti "effetti a cascata". In particolare, effetti a cascata di tipo informativo si verificano quando soggetti privi di informazioni accettano le opinioni espresse da altri. Effetti a cascata di tipo reputazionale si verificano invece quando un individuo si adegua alle opinioni generalmente condivise per non incorrere nella disapprovazione della comunità di appartenenza. In entrambe le ipotesi, la percezione pubblica dei rischi non è determinata da una valutazione obiettiva dei fatti, ma potrebbe indurre gli organi legislativi, amministrativi e giudiziari a trascurare l'analisi delle prove scientifiche disponibili e a selezionare le priorità della regolamentazione in base all'allarme sociale provocato da ciascuna attività.⁸

La seconda categoria di deviazioni dalla scelta razionale riguarda le decisioni destinate a produrre conseguenze a distanza di tempo. Mentre la teoria convenzionale suppone che gli individui siano in grado di pianificare il loro futuro, gli esperimenti dimostrano una spiccata tendenza a soddisfare le preferenze più immediate e a trascurare gli effetti di lungo periodo. I comportamenti dei fumatori, la difficoltà di seguire diete e le decisioni relative al risparmio documenterebbero tale tendenza in modo particolarmente incisivo. Sul piano delle applicazioni giuridiche, la "miopia" degli individui richiede di stabilire se è opportuno incoraggiare le preferenze di breve o di lungo periodo. Ad esempio, l'obbligo di versamento dei contributi pensionistici è generalmente considerato una forma di intervento paternalistico, ma potrebbe essere interpretato come una decisione che privilegia le preferenze di lungo periodo.⁹

La terza ed ultima categoria di deviazioni mette in discussione l'ipotesi, generalmente utilizzata nella teoria economica, che la funzione di utilità di ciascun individuo non includa alcuna considerazione per

gli interessi di altri soggetti. Numerosi esperimenti dimostrano la tendenza a trattare equamente gli estranei, anche in assenza di un interesse a sviluppare una cooperazione di lungo periodo. Nello stesso tempo, emerge la disponibilità a sopportare delle perdite per punire comportamenti che si ritengono iniqui o immorali.¹⁰ Questi risultati offrono ovviamente nuove chiavi di lettura per tutte le situazioni che richiedono la cooperazione fra privati. Anche alcuni interventi legislativi, che sarebbero difficilmente giustificabili qualora si parta dall'ipotesi dell'interesse egoistico, potrebbero essere interpretati come la risposta delle istituzioni ad una richiesta diffusa di impedire attività considerate inique. Gli esempi più ricorrenti comprendono le leggi sull'usura, i controlli sui prezzi praticati dalle imprese e il divieto di vendita di organi.¹¹

Questa rapida rassegna dovrebbe essere sufficiente ad illustrare l'approccio proposto dalla BLE. Il primo dato da rilevare è l'adesione ai metodi di indagine praticati da una lunga tradizione del pensiero economico. Richiamandosi esplicitamente agli standard di valutazione proposti negli anni cinquanta da Milton Friedman, Sunstein e colleghi affermano che la differenza fra nuova e vecchia EAL non riguarda esclusivamente il realismo delle ipotesi sui comportamenti individuali, ma l'accuratezza delle previsioni che il loro approccio consente di formulare.¹² Rimane, inoltre, immutato l'obiettivo di identificare gli effetti di incentivo delle regole giuridiche attraverso l'analisi dei fini individuali e dei mezzi impiegati per realizzarli.¹³

Il distacco dall'EAL convenzionale diventa però evidente sul piano delle applicazioni. Si propone, infatti, di distinguere l'analisi positiva e prescrittiva da quella normativa. Le prime due erano già presenti nell'approccio tradizionale, la terza introduce invece un tema più controverso. L'indagine di tipo positivo cerca di valutare l'impatto delle regole giuridiche sui comportamenti individuali e di identificare le cause che hanno portato alla formazione del quadro istituzionale esistente. L'analisi prescrittiva cerca di individuare gli strumenti giuridici più appropriati per raggiungere gli obiettivi prestabiliti. Infine, l'analisi normativa si propone di ridefinire i compiti del sistema giuridico partendo dalla constatazione che, a causa degli errori cognitivi, le preferenze espresse dagli individui non rappresentano una guida affidabile su cui costruire interventi che massimizzino il benessere sociale.¹⁴

A differenza delle prime due, la terza funzione potrebbe modificare radicalmente i risultati dell'EAL convenzionale. Il costante riferimento agli errori cognitivi apre la strada a forme di intervento statale che, per qualità e quantità, superano di gran lunga le iniziative giustificabili sulla base dei più tradizionali fallimenti del mercato. I limiti evidenziati dalle indagini sperimentali metterebbero in discussione la sovranità del consumatore e offrirebbero nuovi argomenti a favore del paternalismo, ampiamente screditato dall'EAL convenzionale. Laddove i dati empirici dimostrino che gli individui sono sistematicamente preda di trappole cognitive, gli interventi correttivi dello stato potrebbero rappresentare la soluzione meno costosa.¹⁵

Benché i sostenitori della BLE affermino a più riprese di voler integrare e non demolire la teoria economica esistente, le applicazioni proposte finora dimostrano che gli obiettivi del nuovo approccio

sono ben più ambiziosi. In campo contrattuale, ad esempio, la presenza di errori cognitivi potrebbe giustificare l'abbandono del principio che impone il rispetto delle clausole liberamente sottoscritte dalle parti. Qualsiasi accordo sarebbe suscettibile di revisione da parte del legislatore o dei giudici.¹⁶ Più in generale, l'indirizzo normativo suggerito dalla BLE può essere considerato una delle espressioni dell'attivismo statale raccomandato dalla *New Chicago School*. Sotto questa etichetta sono stati raggruppati studiosi di diversa provenienza, accomunati dall'obiettivo di analizzare l'interazione tra forme di regolamentazione statale e non statale. Tratto saliente della scuola è la ricerca di strumenti in grado di rendere più efficace l'intervento statale.¹⁷ I limiti della razionalità rappresentano ovviamente un terreno fertile per lo sviluppo di tale programma.

Le proposte di taglio normativo formulate dalla BLE sono in parte la naturale conseguenza della recezione del filone di studi inaugurato da Tversky e Kaheman. E' inevitabile, infatti, che una teoria del comportamento basata sull'idea di errore cognitivo stimoli la ricerca dei possibili correttivi. Il pericolo, d'altra parte, è che il dibattito sulle teorie della razionalità si trasformi in uno scontro sul ruolo dei poteri pubblici.

Segnali in questo senso sono visibili in alcune delle reazioni suscitate dal nuovo approccio. Richard Posner, ad esempio, solleva due diverse obiezioni. In primo luogo, molti dei comportamenti che la BLE presenta come deviazioni dalla teoria della scelta razionale potrebbero essere spiegati semplicemente assumendo che gli individui dispongono di informazioni limitate. In secondo luogo, la biologia evolutiva consentirebbe di interpretare gli errori cognitivi come adattamenti a problemi e situazioni ricorrenti in epoca preistorica. I meccanismi di selezione genetica avrebbero garantito la conservazione in epoca moderna di quei comportamenti dimostratisi maggiormente efficaci nell'assicurare la sopravvivenza. Fra gli esempi più significativi di tale adattamento vi sarebbe la disponibilità a cooperare, considerata da Sunstein e colleghi inconciliabile con la tradizionale ipotesi di massimizzazione dell'utilità personale. Dal punto di vista evolutivo, invece, la disponibilità a cooperare e a punire i comportamenti devianti rappresenterebbe la risposta più razionale, in grado cioè di aumentare le probabilità di sopravvivenza in società prive di apparati statali coercitivi.¹⁸

La strategia di allargare la nozione di razionalità in modo da includervi i comportamenti osservati negli studi di psicologia cognitiva si espone all'obiezione di recidere i legami con la corrispondente nozione economica. Nel tentativo di difendere la teoria della scelta razionale Posner finisce in realtà per attribuirle un nuovo e diverso significato.¹⁹ Si tratta, d'altra parte, di una strategia ampiamente utilizzata nella letteratura economica. Qualsiasi fenomeno empirico può essere incorporato nei modelli tradizionali introducendo ipotesi ausiliarie, senza che sia necessario abbandonare l'assunto della razionalità illimitata.²⁰ Nello specifico contesto dell'analisi giureconomica, peraltro, la difesa della teoria della scelta razionale assume anche il significato di un rifiuto delle opzioni normative suggerite dalla BLE. Affermare che comportamenti apparentemente irrazionali sono determinati dalla mancanza di

informazioni o da processi evolutivi di adattamento consente di escludere la necessità di interventi statali che correggano gli errori cognitivi.

L'uso strumentale delle teorie del comportamento rischia di condurre ad una situazione di stallo. Gli studi di psicologia cognitiva sono ugualmente invocabili a favore o contro l'ampliamento dei compiti dello stato. E' possibile, ad esempio, sostenere che le limitate risorse cognitive dei consumatori e la facilità con cui le loro preferenze possono essere manipolate giustificano un regime particolarmente severo di responsabilità delle imprese.²¹ A questo genere di argomentazioni si obietta di solito che giudici, legislatori e burocrati non sono esenti dagli errori che dovrebbero correggere.²² Inoltre, il tentativo di utilizzare la psicologia cognitiva in chiave normativa deve tener conto della varietà di approcci e di scuole presenti in questo settore.²³ Sunstein e colleghi descrivono gli studi sul comportamento come un insieme compatto di risultati sperimentali ottenuti grazie ad un metodo ampiamente condiviso. Non è difficile, invece, individuare studi che, utilizzando metodi diversi, ribaltano quei risultati e dimostrano la capacità degli individui di prendere decisioni accurate in condizioni di incertezza. Gli oppositori delle politiche interventistiche hanno quindi buon gioco nel contrastare la BLE sul suo stesso terreno.²⁴

La possibilità di impiegare le teorie del comportamento a sostegno di qualunque opzione di politica del diritto alimenta la convinzione che la psicologia cognitiva offra esclusivamente osservazioni di dettaglio su specifici comportamenti, non generalizzabili ad altri contesti e potenzialmente in conflitto fra loro.²⁵ Le critiche di cui si è dato conto farebbero supporre che il movimento dell'EAL sia destinato a dividersi in due fazioni, l'una a favore e l'altra contro l'utilizzazione di una teoria della razionalità limitata. E' il caso di rilevare, peraltro, che neanche gli autori più scettici hanno negato la rilevanza dei dati sperimentali sul comportamento individuale.²⁶ Le riserve non riguardano l'opportunità di introdurre ipotesi più realistiche sulle capacità cognitive degli agenti economici, ma la specifica impostazione teorica e le proposte normative della BLE.

Il nuovo approccio ha fatto leva soprattutto sull'enorme quantità di prove empiriche e sperimentali che dimostrano l'infondatezza degli assunti tradizionali sulla razionalità. E' evidente, però, che il passaggio ad una nuova teoria del comportamento richiede anche un'interpretazione dei dati che sia più convincente di quella proposta dalla teoria convenzionale. La BLE aderisce alla metodologia friedmaniana e concentra l'attenzione sulle previsioni. Una maggiore accuratezza su questo versante rappresenterebbe il suo principale punto di forza rispetto all'EAL tradizionale. Scarsa o nessuna considerazione ricevono invece altri fattori, ed in particolare la ricostruzione dei meccanismi cognitivi che determinano le scelte individuali.²⁷ L'idea-guida dell'errore cognitivo è l'ombrello concettuale che consente di giustificare i comportamenti osservati, ma non di chiarire le relazioni causali fra tali comportamenti, le risorse mentali degli individui e l'ambiente sociale e istituzionale in cui agiscono.

Le critiche illustrate in precedenza indicano che previsioni più accurate non sono sufficienti a garantire il successo di una teoria.²⁸ La principale attrattiva dell'EAL convenzionale risiede nella

capacità di offrire un quadro concettuale unitario che consente di spiegare, in modo talvolta semplificato ma plausibile, i più importanti meccanismi istituzionali. La BLE propone di modificare tale quadro senza una ricostruzione dei processi decisionali che sono all'origine dei comportamenti documentati dalla psicologia cognitiva. Tale lacuna impedisce di verificare se il nuovo approccio rappresenta un significativo miglioramento sul versante della comprensione e della spiegazione degli effetti di incentivo delle regole giuridiche e dell'attività delle istituzioni.

Queste osservazioni non intendono fornire argomenti a sostegno delle tesi di coloro che negano la possibilità di ricavare indicazioni di carattere generale dalla psicologia cognitiva. Occorre piuttosto rilevare che l'introduzione della razionalità limitata richiede di dirigere l'attenzione verso temi finora trascurati dalla BLE. In particolare, è necessario accertare se gli studi sperimentali sul comportamento consentono di identificare le varie fasi del processo che conduce alla decisione finale. Ciascuno dei momenti in cui è possibile scomporre tale processo, dalla percezione delle caratteristiche del problema alla ricerca delle alternative disponibili, fino alla scelta di un criterio che consente di selezionare l'opzione che meglio si presta a perseguire gli obiettivi prefissati, assume rilevanza per la descrizione e previsione del comportamento degli individui.²⁹ Questo genere di analisi appare quindi indispensabile per una più realistica valutazione degli effetti di incentivo delle regole giuridiche.

Le lacune del nuovo approccio sono in larga parte attribuibili alla sua dipendenza dal dibattito economico. La BLE è stata presentata come un arricchimento dell'apparato tradizionale, non diverso da quello realizzato nel recente passato attraverso l'assorbimento dell'economia dell'informazione e della teoria dei giochi.³⁰ E' necessario, però, sottolineare che entrambi gli strumenti sono stati elaborati all'interno della teoria economica, mentre gli studi sul comportamento provengono da un settore disciplinare che presenta metodi e tradizioni di ricerca profondamente diversi. Questo rilievo non è privo di conseguenze. Come si cercherà di dimostrare nel prossimo paragrafo, la recezione degli studi di psicologia cognitiva è stata condizionata dal dibattito economico sulle teorie della razionalità. Sono stati selezionati gli aspetti più interessanti per quel dibattito e trascurati altri, meno interessanti o meno facilmente assimilabili. Questa recezione parziale non offre alcuna garanzia che i risultati del dibattito economico sulla razionalità siano rilevanti per altri settori, ed in particolare per l'analisi delle istituzioni. E' convinzione diffusa che si vada verso una moltiplicazione dei modelli di razionalità limitata.³¹ Non è escluso che sia necessario individuare le caratteristiche di un modello di razionalità specificamente ritagliato sulle esigenze dell'approccio giureconomico.³²

3. Il dibattito sulla razionalità nella teoria economica

L'assorbimento degli studi di psicologia cognitiva nella teoria economica è stato condizionato dalla direzione impressa al dibattito sulla razionalità a partire dagli anni cinquanta. Il tratto caratterizzante di tale dibattito è l'interazione di due livelli di discussione, l'uno di carattere normativo e l'altro descrittivo. Il primo prende in considerazione le teorie della razionalità, ed in particolare le teorie dell'utilità attesa,

esclusivamente dal punto di vista della loro coerenza logico-matematica. Il problema principale è l'individuazione degli assiomi da cui ricavare le scelte che un agente razionale dovrebbe compiere. La validità della teoria è determinata dalla corrispondenza fra la struttura delle preferenze, identificata dagli assiomi, e la decisione finale. In particolare, nella teoria dell'utilità attesa, un individuo che abbia preferenze ordinate, continue e indipendenti sceglierà l'azione con l'utilità attesa più elevata.³³

Le teorie della razionalità di tipo descrittivo si occupano invece della corrispondenza fra gli assiomi e i comportamenti reali degli individui. Il criterio di valutazione, in questo caso, è di tipo empirico: le previsioni ricavabili dalla teoria devono riflettere i comportamenti osservati nelle prove sperimentali.

La distinzione fra dimensione normativa e descrittiva della razionalità non coincide con l'analoga distinzione proposta da Sunstein e colleghi. Come già rilevato nel paragrafo precedente, la BLE colloca sul versante dell'analisi normativa l'individuazione degli obiettivi dell'ordinamento giuridico. Nella letteratura economica, invece, la distinzione si riallaccia alle tradizioni di pensiero e ai metodi di indagine della teoria delle decisioni. La formalizzazione della teoria dell'utilità attesa, realizzata intorno alla metà del secolo, offrì una definizione rigorosa della nozione di razionalità. Nello stesso tempo, tale nozione fu interpretata come plausibile, seppur approssimativa, descrizione dei criteri di scelta abitualmente impiegati nella realtà.³⁴

La possibilità di affrontare con un'unica teoria sia gli aspetti normativi (come un agente ideale dovrebbe decidere) che gli aspetti descrittivi (come decide un agente reale) fu messa in discussione dai celebri paradossi di Allais e di Ellsberg, che dimostrarono significative discordanze fra le scelte dei soggetti esaminati e le previsioni ricavabili dagli assiomi.³⁵ Quegli esperimenti furono all'origine della separazione fra i due livelli della discussione. Se la teoria dell'utilità attesa non poteva essere difesa per la sua capacità di descrivere i comportamenti reali, rimaneva però intatta la funzione di standard di riferimento da cui ricavare una definizione di agente economico razionale. Il significato puramente normativo della teoria impediva di considerare rilevante qualsiasi prova sperimentale che documentasse una violazione degli assiomi.³⁶

A dispetto della diversità di obiettivi e di criteri di valutazione, la linea che separa teorie descrittive e normative non è mai stata tracciata in modo netto. Al contrario, è possibile osservare una costante e reciproca interazione fra i due livelli della discussione. I comportamenti non conciliabili con la teoria dell'utilità attesa non hanno intaccato il suo significato normativo, ma sono stati utilizzati per costruire teorie alternative basate su assiomi che incorporano i risultati delle prove sperimentali.³⁷ Nello stesso tempo, però, la validità delle teorie alternative non è determinata esclusivamente dalla loro capacità descrittiva. L'accettazione di alcuni degli assiomi del modello normativo dominante è considerata una condizione necessaria per introdurre una nuova teoria nel dibattito sulla razionalità.³⁸ Pertanto, anche i modelli che dichiarano di ispirarsi ai comportamenti osservati nella realtà presentano una struttura molto simile alla teoria dell'utilità attesa.

E' evidente che il tentativo di costruire su basi completamente diverse una nuova teoria della scelta razionale avrebbe incontrato resistenze pressoché insuperabili. La sostituzione selettiva degli assiomi meno difendibili dal punto di vista empirico appare senza dubbio la strategia più pragmatica, ma presenta il non secondario inconveniente di impedire la completa riconciliazione fra comportamenti osservati e teorie della razionalità.³⁹

L'interazione fra aspetti normativi e descrittivi consente di apprezzare l'impatto degli studi di psicologia cognitiva sulla teoria economica. Più specificamente, è possibile comprendere le ragioni dell'attrazione esercitata dagli studi di Kahneman e Tversky. Il contributo più evidente è di tipo negativo: la dimostrazione dell'esistenza di 'anomalie' che contraddicono la nozione dominante di razionalità ha consentito di misurare con maggiore precisione la distanza che la separa dai criteri di decisione realmente utilizzati.⁴⁰ Smentendo la ragionevolezza degli assiomi tradizionali, la letteratura di HB ha fornito una valida giustificazione alla ricerca di nuove teorie della razionalità.

E' possibile, d'altra parte, rilevare un'affinità più profonda fra il dibattito economico e gli studi di Kahneman e Tversky. A differenza di altri contributi provenienti dalla psicologia cognitiva, la presentazione dei risultati sperimentali si è avvalsa di modelli matematici che ne hanno facilitato la diffusione fra gli economisti. Inoltre, l'approccio dei due autori è coerente con il significato normativo attribuito alla teoria dell'utilità attesa. La nozione di errore o di illusione cognitiva presuppone il riferimento ad un modello ideale di razionalità. La correttezza di una decisione non è valutata sulla base della sua corrispondenza con la realtà, ma è determinata dal confronto con le previsioni ricavabili dal modello.⁴¹

La continuità metodologica spiega perché l'approccio di HB sia stato utilizzato per dar vita alla *Behavioral Economics* e, senza ulteriori riflessioni, applicato all'analisi economica del diritto. Questo processo di recezione presenta però due inconvenienti. In primo luogo, nessun peso è stato attribuito alle critiche rivolte agli studi di Kahneman e Tversky a partire dall'inizio degli anni ottanta. Benché il loro approccio abbia ottenuto un notevole successo, non può certo considerarsi incontrastato. In secondo luogo, il dibattito economico tende a privilegiare alcuni aspetti degli studi di psicologia cognitiva e a trascurarne altri. Non è escluso che gli aspetti rimasti in ombra tornino ad essere rilevanti nell'ambito dell'analisi istituzionale. In questo caso sarebbe opportuno rimarcare le differenze fra la *Behavioral Economics* e la sua versione giureconomica.

L'inconveniente menzionato da ultimo affiora nell'evoluzione della *Prospect theory*, proposta per la prima volta da Kahneman e Tversky nel 1979 e ulteriormente sviluppata nel 1992.⁴² Si tratta del tentativo di organizzare in modo sistematico i principali risultati sperimentali e di elaborare una teoria della scelta che rappresenti una valida alternativa, sia dal punto di vista descrittivo che dell'eleganza formale, alla teoria dell'utilità attesa. La versione originaria distingueva due fasi della scelta. Nella prima il decisore utilizza processi mentali semplificati per identificare le alternative disponibili. Nella seconda la scelta è effettuata sulla base della rappresentazione compiuta in precedenza. Questa versione sollevava un problema di compatibilità con alcuni assiomi tradizionali. Gli sviluppi successivi del

modello eliminano tale inconveniente, ma nello stesso tempo cancellano la fase preliminare di identificazione delle alternative.⁴³ Dal punto di vista del dibattito economico sulla razionalità, si tratta di un sacrificio necessario per soddisfare i vincoli di coerenza logico-matematica imposti dal modello normativo. Più discutibile, invece, è l'esclusione di una parte cruciale del processo decisionale da una teoria che si propone come modello realistico di comportamento per l'analisi delle istituzioni.

Non meno criticabile è l'omissione di qualsiasi riferimento alle obiezioni sollevate nei confronti della letteratura di HB. L'esame di tali obiezioni consente di formulare un giudizio più accurato sulla caratura scientifica degli studi ispirati all'approccio di Kahneman e Tversky. Inoltre, è possibile introdurre nel dibattito sulla razionalità i contributi all'analisi dei processi decisionali provenienti dalle correnti di pensiero che adottano approcci alternativi.

Le critiche formulate con maggiore frequenza possono suddividersi in due categorie. Nella prima rientrano le obiezioni relative alla costruzione degli esperimenti. L'accusa è che gli errori cognitivi sono provocati dalle procedure utilizzate per identificare le preferenze individuali. La seconda categoria comprende le critiche rivolte al metodo di analisi dei processi decisionali. In particolare, è in discussione l'utilità del continuo ed esclusivo confronto fra i comportamenti reali ed un modello ideale di scelta. Le due categorie di critiche sono ovviamente collegate: è prevedibile, infatti, che la costruzione degli esperimenti sia condizionata dagli obiettivi della ricerca. Tuttavia, la varietà degli argomenti proposti richiede una discussione separata di ciascun gruppo di critiche.

Sul versante dei metodi utilizzati per identificare gli errori cognitivi, la principale obiezione riguarda il collegamento fra il contesto artificiale e controllato dell'esperimento e l'ambiente nel quale gli individui normalmente agiscono. La natura di tale collegamento è oggetto di controversia sia all'interno della psicologia cognitiva che nei rapporti con la branca sperimentale dell'economia. Quanto agli psicologi, si discute se l'irrazionalità possa essere dimostrata attraverso scelte isolate che non sono inserite in un flusso continuo di decisioni; se i soggetti utilizzati negli esperimenti siano in grado di riconoscere, e di condividere con lo sperimentatore, la struttura del problema; se, in mancanza di uno specifico addestramento nel calcolo delle probabilità, la violazione di leggi statistiche debba essere considerata un'anomalia; se le modalità con cui le scelte sono presentate consentano di individuare il processo decisionale più adeguato al contesto dell'esperimento; se gli errori cognitivi dipendano dalla scorretta applicazione del modello normativo o da differenti interpretazioni del linguaggio utilizzato per presentare le alternative.⁴⁴

I metodi della letteratura di HB sono contestati anche dagli economisti sperimentali. Il contrasto è alimentato dalla constatazione che, mentre una parte consistente degli studi di psicologia cognitiva dimostra l'incapacità di utilizzare il ragionamento economico, l'economia sperimentale ottiene risultati in linea con le previsioni dei modelli economici in un numero significativo di casi.⁴⁵ Due fattori sono abitualmente richiamati per spiegare tale divergenza: in primo luogo, i soggetti che partecipano agli esperimenti economici sono incentivati con premi in denaro, mentre nel campo della psicologia la partecipazione agli esperimenti è quasi esclusivamente volontaria. La presenza di incentivi avrebbe

l'effetto di incrementare l'impegno nell'esecuzione dei compiti assegnati e di ridurre le deviazioni dalla decisione ottimale.⁴⁶ In secondo luogo, gli errori cognitivi sarebbero più frequenti per le scelte isolate, ma tenderebbero a ridursi nel contesto delle interazioni di mercato, che garantiscono la possibilità di comunicazione e di apprendimento.⁴⁷

Al di là dei meriti di ciascuna procedura sperimentale, i risultati ottenuti nei due settori non sono immediatamente confrontabili. L'economia sperimentale non si occupa della formazione delle preferenze, ma assume che siano conformi agli assiomi tradizionali e cerca di stabilire se determinati meccanismi di mercato consentono di raggiungere una condizione di equilibrio.⁴⁸ Inoltre, manca qualsiasi indicazione sui processi mentali che guidano i partecipanti agli esperimenti verso gli esiti previsti dai modelli economici.⁴⁹

Il contrasto sui metodi sperimentali non depone a favore degli strumenti analitici utilizzati dalla psicologia cognitiva e rafforza lo scetticismo di quanti ritengono prematuro l'abbandono della teoria della scelta razionale. In mancanza di criteri che inducano a preferire uno dei metodi descritti, un solido fondamento empirico dovrebbe riconoscersi solo ai fenomeni che siano stati confermati da differenti procedure sperimentali e da osservazioni dirette. E' evidente, però, che tale direttiva restringe notevolmente il numero dei risultati applicabili all'analisi delle istituzioni.

Si è già rilevato che il primo gruppo di critiche è strettamente collegato al secondo. La controversia sui metodi sperimentali è la spia delle profonde divisioni che percorrono la psicologia cognitiva. L'approccio di HB è lo sviluppo più significativo di un programma di ricerca che negli anni cinquanta assunse come obiettivo principale la verifica empirica della teoria dell'utilità attesa. Nello stesso periodo furono gettate le basi per un diverso approccio che, traendo spunto dall'analogia con la percezione sensoriale, propose di interpretare i processi cognitivi come meccanismi di comprensione della realtà che utilizzano un insieme di indizi probabilistici.⁵⁰ Benché non siano mancati tentativi di riavvicinamento fra le due correnti, i risultati raggiunti puntano in direzioni opposte. La prospettiva introdotta da Kahneman e Tversky è generalmente associata all'idea che gli individui commettano errori sistematici, mentre l'approccio alternativo tende a riconoscere maggiori capacità di valutazione e comprensione della realtà.

Questa stridente divaricazione di risultati deriva dalla scelta del parametro rispetto al quale si misura la razionalità degli individui. Nella letteratura di HB è irrazionale il comportamento non conforme agli assiomi di un modello generale e astratto. L'altro approccio, invece, considera rilevante solo l'accuratezza del giudizio rispetto alla realtà esterna, indipendentemente dalla sua conformità ad una teoria della razionalità.⁵¹ L'aspetto più interessante è che la rinuncia al confronto con il modello della scelta razionale consente di riconoscere la competenza degli individui in un numero significativo di contesti. La violazione delle regole della logica e della probabilità non impedisce di perseguire con successo i propri obiettivi.

Questo dibattito è ovviamente ricco di implicazioni per l'analisi istituzionale. Secondo la BLE, la presenza di errori cognitivi sistematici potrebbe giustificare interventi correttivi da parte dell'ordinamento.⁵² Tuttavia, la stessa nozione di errore cognitivo è strettamente collegata al criterio che si ritiene di eleggere come termine di riferimento per un comportamento razionale. Una decisione che apparentemente non massimizza l'utilità attesa potrebbe rappresentare la scelta più soddisfacente in relazione alle caratteristiche dell'ambiente o dell'interazione sociale in cui si inserisce.⁵³

Affiora qui l'idea di una “razionalità ecologica”, che adatta la strategia decisionale alla struttura dell'informazione disponibile.⁵⁴ In situazioni che impongono di valutare in tempi ristretti una molteplicità di indizi, correlati in modo imperfetto all'obiettivo che si intende raggiungere, la coerenza richiesta dal modello tradizionale di razionalità può essere sacrificata in vista dell'applicazione di procedure decisionali semplificate (*heuristics*). Tali strategie sostituiscono l'ideale dell'ottimizzazione con una gestione soddisfacente delle scelte e delle loro conseguenze. La precisione garantita dall'impiego di strumenti analitici sofisticati richiede ingenti risorse cognitive. Un processo mentale semplificato riduce il numero di informazioni che il decisore deve prendere in considerazione, ma soprattutto lo induce a focalizzare l'attenzione su quelle più rilevanti per i suoi obiettivi.

Dovrebbe essere chiaro, a questo punto, che l'interesse per le strategie decisionali semplificate è condiviso sia dall'approccio di HB che dai sostenitori della razionalità ecologica. Del tutto diverso, invece, è il metodo utilizzato per identificare tali strategie. Gli esperimenti di Kahneman e Tversky sono costruiti con l'obiettivo di indurre i soggetti esaminati ad applicare una regola logica o statistica. La violazione di tale regola dimostrerebbe il ricorso ad una procedura decisionale semplificata, come la scelta dell'opzione che appaia più rappresentativa (*representativeness heuristic*), l'attribuzione di un'elevata probabilità ad eventi di cui si abbia un'esperienza recente (*availability*), oppure l'influenza esercitata dall'alternativa che sia stata proposta per prima (*anchoring and adjustment*).⁵⁵

Il gruppo di ricerca che fa capo a Gerd Gigerenzer rinuncia al confronto con i modelli normativi di comportamento e riconosce agli individui la capacità di adattare le strategie cognitive al contesto della decisione.⁵⁶ L'obiettivo delle prove sperimentali è di identificare le strategie che consentono di ottenere decisioni accurate con la minore quantità di informazioni. E' possibile, ad esempio, che la scelta fra due alternative venga effettuata selezionando quella di cui si sia sentito parlare in precedenza (*recognition heuristic*), che si utilizzi solo l'informazione più affidabile (*take the best*), l'informazione di cui ci si sia avvalsi l'ultima volta che si è affrontato un problema analogo (*take the last*), o ancora la prima informazione che, fra quelle esaminate, punti in direzione di una delle alternative (*minimalist heuristic*).⁵⁷ Le strategie menzionate impiegano una ridotta quantità di informazioni e non richiedono l'analisi dei costi e dei benefici di tutte le alternative disponibili.

Rispetto all'approccio di Kahneman e Tversky, la razionalità ecologica offre una prospettiva più vicina all'idea di razionalità limitata introdotta da Simon, il quale ha sempre dimostrato di ritenere che le procedure semplificate consentono di ridurre il divario fra complessità dei problemi decisionali e

capacità cognitive.⁵⁸ E' il caso di rilevare, peraltro, che questa conclusione sarebbe probabilmente sottoscritta dai sostenitori dell'approccio di HB.⁵⁹ Dal canto loro, i fautori di una razionalità ecologica non avrebbero difficoltà a riconoscere che in molti casi gli individui formulano giudizi poco accurati. Il nodo principale della discussione non è la capacità decisionale, ma l'identificazione dei fattori che assumono rilevanza per la scelta dell'azione da intraprendere in un determinato contesto.

Quest'ultima considerazione consente di esprimere un giudizio critico su alcuni aspetti della BLE. Nessuna delle indicazioni provenienti dalla psicologia cognitiva dimostra un collegamento necessario fra razionalità limitata e interventi correttivi da parte dell'ordinamento. Se nelle intenzioni di Kahneman e Tversky l'analisi degli errori cognitivi rappresenta solo un espediente metodologico, non c'è motivo di trasformarla nel messaggio principale della BLE.⁶⁰ Più proficuo sembra un approccio che attinga dagli studi sul comportamento in modo eclettico, prestando particolare attenzione ai meccanismi mentali da cui dipende la reazione agli incentivi trasmessi dalle regole giuridiche. La mancanza di un paradigma unitario, solitamente considerata il principale svantaggio delle teorie psicologiche rispetto ai modelli economici, può trasformarsi in un'occasione per costruire una teoria della razionalità limitata che, assemblando differenti tradizioni di pensiero, affronti alcuni dei problemi più rilevanti per l'analisi delle istituzioni. In particolare, l'analisi dei processi decisionali sembra in grado di offrire i contributi più significativi nella ricostruzione delle complesse interazioni fra razionalità degli individui e funzionamento delle istituzioni.

Questo tema può essere affrontato a diversi livelli. L'evoluzione di modelli mentali condivisi all'interno di una società è in grado di spiegare le origini e la forma delle istituzioni esistenti in un determinato momento storico.⁶¹ E' possibile, inoltre, decifrare l'influenza che le caratteristiche di un determinato contesto istituzionale esercitano sulla strategia decisionale e sul contenuto della decisione. Sotto questo profilo, particolarmente interessante è il tentativo della psicologia cognitiva di smentire uno degli assunti principali della teoria economica, e cioè l'esistenza di preferenze stabili e coerenti, raffigurabili con le ben note curve di indifferenza. Gli studi sperimentali sul comportamento dimostrano invece la dipendenza delle scelte dal contesto in cui sono effettuate. Ad esempio, il processo decisionale può essere influenzato dal modo in cui le alternative sono presentate, dalle caratteristiche delle opzioni disponibili, dal linguaggio utilizzato per sollecitare la manifestazione delle preferenze, nonché dalla complessità della scelta.⁶² Questo risultato assume un'immediata rilevanza in campo giuridico, dove le regole applicabili contribuiscono in misura determinante alla costruzione del contesto della scelta.⁶³

Ulteriori suggestioni per l'analisi del contesto provengono dai programmi di ricerca che rifiutano l'approccio di HB. Anche in questo caso la discussione riguarda il metodo più appropriato per l'identificazione dei fattori che influenzano la decisione. Negli esperimenti di Kahneman e Tversky la rilevanza del contesto è dimostrata presentando due versioni del medesimo problema. Dato che la struttura formale rimane costante, l'applicazione di regole logiche o statistiche richiederebbe la

medesima risposta in entrambi i casi. Una risposta diversa per ciascuna versione, invece, indica che i soggetti esaminati sono stati influenzati dal contenuto del problema.⁶⁴

La principale obiezione è che il confronto fra la struttura superficiale del problema e la sua struttura formale non consente di stabilire quale sia la risposta più appropriata per ciascun contesto. Anche se la struttura formale rimane costante, una risposta differente per le varie versioni del problema potrebbe essere giustificata dalla presenza di informazioni che inducono a preferire una delle alternative. In questa prospettiva, l'aspetto più rilevante non è la capacità di riconoscere la struttura formale, ma l'adattamento delle strategie decisionali alla struttura superficiale dell'ambiente. Il ricorso ad un modello normativo ostacola la costruzione di esperimenti che riproducono le condizioni in cui i vari meccanismi mentali sono normalmente attivati.⁶⁵

Non è difficile rintracciare le origini di questo contrasto nel rifiuto, da parte dei sostenitori della razionalità ecologica, di una teoria generale del comportamento, che caratterizza invece l'approccio di HB. Ad una razionalità che rimane immutata in tutti i contesti si contrappone un insieme di meccanismi mentali, modellati dai processi evolutivi, che servono ad affrontare specifici problemi e sono inutilizzabili al di fuori di un particolare contesto. Ad esempio, negli studi di psicologia evolutiva è possibile trovare una discussione dei differenti meccanismi mentali che facilitano le interazioni sociali o consentono di affrontare le situazioni di incertezza.⁶⁶ E' evidente, peraltro, che l'adesione all'ipotesi della "mente multimodulare" impone di affrontare l'analisi del contesto in termini del tutto diversi da quelli che caratterizzano l'approccio di HB. Se gli individui dispongono di meccanismi mentali specializzati, il problema principale consiste nell'individuazione delle informazioni che consentono di adattare ciascun meccanismo al contesto appropriato. Le risposte fornite dai soggetti esaminati negli esperimenti non dipendono dalla struttura formale del problema, ma dall'impiego di meccanismi mentali che interpretano il contesto della scelta e focalizzano l'attenzione sulle informazioni ritenute più rilevanti.

Non è ancora chiaro se le indicazioni provenienti dalla psicologia evolutiva possano essere integrate nella teoria economica,⁶⁷ né quali siano le sue implicazioni per l'analisi delle istituzioni.⁶⁸ Tuttora discusse, inoltre, sono le premesse scientifiche su cui si basa la ricostruzione dei processi cognitivi.⁶⁹ E' il caso di rilevare, peraltro, che l'approccio di HB non offre alcuna indicazione sulle ragioni che spingono gli individui a preferire in modo sistematico determinati processi decisionali. Viceversa, la psicologia evolutiva apre una finestra sui meccanismi che possono aver ostacolato o favorito lo sviluppo di determinate capacità cognitive.⁷⁰

Il confronto fra i diversi approcci può essere utilizzato per arricchire l'analisi economica degli incentivi trasmessi dalle regole legali. La distinzione fra funzione positiva e normativa, proposta da Sunstein e colleghi, può essere riletta assumendo come punto di partenza i costi di decisione legati alla razionalità limitata degli individui. Un'indagine di tipo positivo servirebbe a chiarire il funzionamento degli assetti istituzionali esistenti, escludendo le spiegazioni che presuppongono capacità cognitive

illimitate. Le indagini di taglio normativo potrebbero essere rivolte all'identificazione di riforme che consentano di attivare istituzioni in grado di semplificare i compiti decisionali più complessi. Nel prossimo paragrafo questi due percorsi saranno esplorati con riferimento alla selezione delle regole applicabili a contratti incompleti.

4. Incompletezza contrattuale e preferenza per lo status quo

Uno dei risultati sperimentali più noti della letteratura di HB è il c.d. "effetto dotazione", talvolta definito anche "differenza fra disponibilità a vendere e ad acquistare". Si tratta di un tema particolarmente rilevante per la teoria economica e per l'EAL. La presenza dell'effetto dotazione escluderebbe la possibilità di utilizzare le tradizionali curve di indifferenza e l'analisi costi-benefici. Inoltre, tale fenomeno sarebbe in aperto contrasto con la logica del teorema di Coase.

Di recente, la differenza fra disponibilità a vendere e ad acquistare è stata documentata in alcuni esperimenti relativi alla negoziazione di clausole contrattuali. L'obiettivo degli esperimenti era di verificare l'influenza che lo status quo legale, rappresentato dalle norme applicabili in mancanza di un diverso accordo, esercita sulla scelta delle clausole. I risultati sembrerebbero indicare che le tradizionali analisi giureconomiche trascurano alcuni fattori psicologici in grado di modificare gli esiti della contrattazione. La discussione di tali risultati permetterà di chiarire il contributo che la psicologia cognitiva potrebbe offrire al dibattito sull'incompletezza contrattuale. Com'è noto, uno dei nodi principali del dibattito è rappresentato dai criteri di selezione delle regole destinate ad integrare contratti lacunosi. Le proposte avanzate finora tengono conto di fattori tradizionali come i costi transattivi e le asimmetrie informative, ma non prendono in considerazione la razionalità limitata dei contraenti. L'esame dei meccanismi psicologici attivati dalla contrattazione dovrebbe offrire indicazioni sul loro inserimento fra i fattori rilevanti per la scelta delle regole di default. Prima di affrontare questi aspetti, comunque, è necessario passare rapidamente in rassegna i risultati sperimentali che dimostrano l'esistenza di un effetto dotazione e le spiegazioni proposte.

L'effetto dotazione contrasta con l'ipotesi di preferenze individuali stabili e ben ordinate su cui si basa la teoria della scelta razionale. Uno dei corollari di tale ipotesi è che, in assenza di effetti di reddito, il valore attribuito ad una determinata risorsa non è influenzato dalla disponibilità materiale della stessa. Se un individuo è disposto ad acquistare un bene per una cifra non superiore a 100, l'offerta della stessa cifra, aumentata di un margine di profitto, dovrebbe convincerlo a rivendere il bene dopo che lo abbia acquistato. Un comportamento diverso indicherebbe che quell'individuo incorre in un costo-opportunità, rinuncia cioè ad una somma superiore al valore che ha attribuito al bene al momento dell'acquisto. Un'ampia letteratura sperimentale dimostra invece che la somma richiesta da chi possiede il bene è notevolmente superiore a quella che l'acquirente è disposto a pagare.

Il fenomeno era stato già notato negli anni sessanta, ma suscitò particolare interesse negli anni ottanta in seguito agli studi sulla valutazione dei beni ambientali. Secondo l'impostazione tradizionale, il

valore di una risorsa naturale può essere determinato chiedendo ad un campione di soggetti di dichiarare la cifra che sarebbe disposto a pagare per ridurre l'inquinamento, ripristinare un ecosistema o incrementare la fauna in una determinata area. Non diversamente da quanto accade per il mercato dei beni di consumo, il valore dichiarato dovrebbe riflettere l'utilità che ciascun soggetto associa ad una determinata risorsa. Questa previsione è stata però smentita dalla persistente differenza fra la disponibilità ad investire per incrementare una risorsa naturale e la cifra richiesta per accettare il deterioramento di una risorsa esistente.⁷¹

I risultati registrati negli studi sui beni ambientali sono stati confermati nei mercati sperimentali dei beni di consumo. In una varietà di contesti, la somma richiesta per vendere un bene di cui si abbia la disponibilità (d'ora in avanti DV) è superiore alla somma che gli acquirenti sono disposti a pagare (d'ora in avanti DA).⁷²

Le implicazioni dell'effetto dotazione sono tutt'altro che secondarie. L'analisi costi-benefici presuppone la possibilità di assegnare una risorsa a colui che ne ricavi benefici superiori ai costi di coloro che ne sono privi. L'analisi diventa però indeterminata in presenza di un divario fra DV e DA. Non è chiaro, infatti, quale dei due valori debba essere utilizzato per allocare la risorsa. L'impostazione tradizionale confronta solo le DA dei soggetti interessati, ma non è escluso che il soggetto con la DA più bassa abbia una DV più elevata qualora acquisti la disponibilità della risorsa. Analoghe considerazioni valgono per la previsione che, in assenza di costi transattivi, la risorsa sarà trasferita a chi la valuta di più. Se l'allocazione iniziale è a favore di un soggetto con una DV più elevata della DA della sua controparte, il bene non sarà trasferito. Tuttavia, l'allocazione iniziale potrebbe essere inefficiente se l'acquirente ha una DV superiore a quella dell'attuale titolare.⁷³

Non meno complessa è la rappresentazione delle preferenze mediante le curve di indifferenza. Nell'economia neoclassica le curve non possono intersecarsi perché si suppone che la titolarità di un bene non influisca sul suo valore. Se un individuo possiede il bene x ed è disposto a scambiarlo con il bene y, la medesima situazione dovrebbe riproporsi se l'individuo possiede il bene y invece del bene x. In presenza di un effetto dotazione, invece, le preferenze sono collegate alla titolarità e la curva che indica gli scambi in una direzione potrebbe incrociarsi con la curva che indica gli scambi nel senso opposto.⁷⁴ Allo stesso fenomeno, inoltre, è collegata la preferenza per lo status quo. Nella maggior parte delle decisioni, una delle opzioni disponibili è la conservazione della situazione preesistente. Spesso l'attrazione esercitata da tale opzione prevale sulla valutazione dei vantaggi associati alle alternative che richiedono un cambiamento. Non diversamente dalla rinuncia alla titolarità di un bene, anche la rinuncia allo status quo sarebbe meno frequente di quanto lasci supporre il principio di massimizzazione dell'utilità.⁷⁵

Due osservazioni sono necessarie per apprezzare il significato dei risultati appena illustrati. In primo luogo, l'effetto dotazione e la preferenza per lo status quo sono ben documentati in alcuni contesti, ma pressoché assenti in altri. In particolare, nessun effetto dotazione è osservabile per i beni destinati alla

rivendita o che abbiano solo un valore di scambio.⁷⁶ La presenza del fenomeno non è stata dimostrata nelle relazioni fra datori di lavoro e dipendenti all'interno di un'organizzazione.⁷⁷ Il valore che il titolare attribuisce al bene potrebbe dipendere dal contenuto legale del diritto.⁷⁸ Infine, tuttora controversa è l'applicabilità dei risultati sperimentali alle decisioni delle imprese e in caso di partecipazione ripetuta agli scambi di mercato.⁷⁹

In secondo luogo, notevoli difficoltà incontrano i tentativi di collocare i fenomeni in esame in un quadro teorico coerente. Gli esperimenti sono costruiti in modo da escludere che lo scarto fra DV e DA sia dovuto a fattori tradizionali come gli effetti di reddito, i costi transattivi e i comportamenti strategici. E' possibile, tuttavia, registrare interpretazioni nettamente divergenti dei risultati sperimentali. Secondo alcuni autori, l'effetto dotazione è riconciliabile con la teoria economica tradizionale.⁸⁰ All'estremo opposto si collocano coloro che riconoscono l'esistenza dell'effetto dotazione e propongono di incorporarlo nell'analisi costi-benefici.⁸¹ Quanto ai meccanismi psicologici da cui dipenderebbe la differenza fra DA e DV, la spiegazione più ricorrente fa leva sull'avversione alle perdite (*loss aversion*) identificata da Kahneman e Tversky. Nella Prospect theory, la funzione che rappresenta le preferenze individuali è positiva e concava per i guadagni e negativa e convessa per le perdite. Inoltre, la parte della funzione che corrisponde alle perdite è più ripida di quella che corrisponde ai guadagni. Tale rappresentazione implica che l'impatto negativo di una perdita sarà avvertito in modo più acuto dell'impatto positivo di un guadagno della stessa entità. La diversa percezione dei guadagni e delle perdite, documentata dai comportamenti osservati in laboratorio, spiegherebbe la differenza fra DV e DA. La cessione di un bene rappresenta una perdita e spinge a chiedere un prezzo più elevato per compensare la maggiore disutilità associata a tale evento. Viceversa, l'acquisto dello stesso bene rappresenta un guadagno e spinge ad offrire un prezzo più basso, corrispondente alla minore utilità che gli individui generalmente associano agli eventi positivi.⁸²

Benché sia considerata la spiegazione psicologica più plausibile dell'effetto dotazione, l'avversione alle perdite non è esente da critiche. Non è chiaro se il processo mentale che consente di classificare ciascuna alternativa come perdita o guadagno spinga gli individui a collocare nella prima categoria qualsiasi trasferimento di proprietà. Inoltre, nessuna indicazione è offerta sui motivi di questa accentuata sensibilità alle perdite. Risulta difficile, quindi, prevedere in quali casi l'effetto dotazione abbia maggiori probabilità di manifestarsi.⁸³

La varietà delle interpretazioni rappresenta senza dubbio un limite alla fruibilità dei risultati sperimentali e alimenta le accuse di indeterminatezza rivolte alla psicologia cognitiva. E' il caso di rilevare, peraltro, che gli esperimenti sull'effetto dotazione e sulla preferenza per lo status quo non documentano un unico processo mentale, ma offrono piuttosto una serie di indicazioni sui fattori psicologici che influenzano le scelte in ciascun contesto. La manipolazione delle modalità di rappresentazione dei problemi attira l'attenzione dei soggetti esaminati su differenti informazioni. Nel caso dell'effetto dotazione, la principale manipolazione riguarda la titolarità del bene che deve essere

scambiato. Un altro aspetto rilevante è l'introduzione di un fattore di rischio per una o tutte le opzioni disponibili. L'interazione fra queste due dimensioni diventa quindi il principale punto di riferimento per l'interpretazione delle preferenze manifestate in laboratorio.⁸⁴ I risultati relativi all'effetto dotazione e alla preferenza per lo status quo possono essere incorporati nell'analisi degli incentivi trasmessi dalle regole legali partendo dalle informazioni che gli individui mostrano di ritenere rilevanti in ciascun contesto. Questo approccio non coincide con quello adottato dalla BLE, che tende invece ad utilizzare le deviazioni dalla teoria della scelta razionale senza considerare il procedimento mentale da cui derivano.⁸⁵

La medesima osservazione può essere estesa agli studi che rilevano una preferenza per lo status quo nella contrattazione fra imprese. In questo caso il fattore di cui si vuole verificare l'influenza non è la titolarità di un bene, ma una regola contrattuale liberamente derogabile dalle parti. Una serie di esperimenti, condotti da Russell Korobkin, sembrerebbe indicare che le due situazioni sollecitano identiche reazioni psicologiche: non diversamente dall'assegnazione di un oggetto, la predisposizione di una regola di default a favore di una delle parti è in grado di influenzare gli esiti della contrattazione.⁸⁶ Un'analisi più ravvicinata di questo risultato indica però che l'analogia con l'effetto dotazione offre ben poche indicazioni sui meccanismi psicologici che guidano le scelte dei contraenti.

La costruzione degli esperimenti ricalca le procedure utilizzate per isolare l'effetto dotazione. Le preferenze che i soggetti esaminati devono esprimere riguardano l'applicazione di una regola legale. In uno degli scenari proposti, due gruppi di studenti assumono il compito di negoziare, in qualità di consulenti legali di un'impresa di trasporto, la distribuzione della responsabilità per eventi che rendono impossibile o eccessivamente onerosa la prestazione. Il primo gruppo deve indicare il prezzo minimo che il vettore dovrebbe accettare per inserire nel contratto una clausola che, derogando alla disciplina legale, gli attribuisca la responsabilità per la mancata consegna anche in caso di eventi imprevisti. Al secondo gruppo, invece, si richiede di indicare il prezzo massimo che il vettore dovrebbe offrire per inserire una clausola che, diversamente da quanto prevede la disciplina legale, lo esoneri dalla responsabilità per la mancata consegna in caso di eventi imprevisti.

Entrambi i gruppi di studenti devono svolgere lo stesso compito, e cioè stabilire il valore di un contratto che preveda o escluda l'esonero dalla responsabilità per eventi imprevisti. L'unica differenza fra le situazioni sottoposte ai due gruppi è la predisposizione di una regola di default a favore del vettore nel primo caso e a favore dell'altra parte nel secondo. L'ipotesi da verificare è che la preferenza per l'uno o l'altro assetto contrattuale non è influenzata dallo status quo legale. La teoria della scelta razionale indica che l'unico fattore rilevante è la massimizzazione dell'utilità attesa, sicché il cambiamento del contenuto delle regole di default non dovrebbe modificare il calcolo individuale dei contraenti. Se la regola A era preferita alla regola B quando rappresentava la disciplina legale, la valutazione dovrebbe rimanere immutata qualora la regola B sostituisca la regola A. Inoltre, l'esperimento crea le condizioni per una contrattazione in assenza di costi transattivi. Sulla scorta di queste premesse, il comportamento prevedibile è una sostanziale uniformità delle preferenze per i due

assetti contrattuali: metà dei soggetti dovrebbe preferire la regola di default e l'altra metà dovrebbe accettare la deroga in cambio di un corrispettivo.

I risultati dell'esperimento smentiscono tale previsione e indicano che la regola di default è derogata solo da una minoranza di soggetti. La somma media richiesta per rinunciare alla limitazione della responsabilità è notevolmente superiore a quella offerta per acquistare la medesima limitazione. Più del 75% dei contratti stipulati è regolato dallo status quo legale.⁸⁷

La tendenza a non modificare la regola di default, qualunque essa sia, modifica i termini del dibattito sull'integrazione dei contratti. Korobkin esclude che la preferenza per lo status quo sia dovuta a fattori compatibili con la teoria della scelta razionale, e cioè costi transattivi, informazione privata, effetti di reddito ed esternalità di rete.⁸⁸ Il meccanismo psicologico dominante sarebbe invece la spiccata avversione che gli individui dimostrano per le conseguenze negative che hanno contribuito a determinare con le loro azioni. Se l'esito di una scelta è incerto, un risultato indesiderato è percepito con maggiore rammarico quando è provocato da un'iniziativa diretta. Il medesimo risultato genera invece minore pentimento qualora sia dovuto ad un'omissione. Questa preferenza per l'inerzia giustificerebbe la riluttanza a derogare alla regola di default. Il mantenimento dello status quo rappresenterebbe in ogni caso l'opzione meno rischiosa e spingerebbe il contraente a richiedere un compenso più elevato (o ad offrire un compenso più basso se la disciplina legale non è a suo favore) per modificare l'assetto iniziale di interessi.⁸⁹

In presenza di una spiccata preferenza per lo status quo, la scelta delle regole di default diventa rilevante anche se i costi transattivi sono bassi. Le parti decideranno di adottare una regola alternativa soltanto se consente di ottenere un notevole incremento di efficienza. Inoltre, diventa meno praticabile la soluzione di adottare *penalty default rules* che incoraggino le parti a contrattare e a rivelare informazioni private. Gli incentivi trasmessi da questo genere di regole si scontrerebbero con la tendenza a non modificare la disciplina legale. Sarebbe preferibile, quindi, adottare regole che siano utilizzabili dal maggior numero di contraenti, in modo da ridurre il rischio che la resistenza psicologica al cambiamento si traduca nell'adozione di clausole inefficienti.⁹⁰

Il principale obiettivo di Korobkin è la dimostrazione di una perfetta simmetria fra i comportamenti documentati nella letteratura di psicologia cognitiva e l'influenza che le regole legali esercitano sui contraenti. La riduzione del volume degli scambi che deriva dall'effetto dotazione corrisponde alla riduzione del numero di deroghe alla disciplina legale. E' evidente, però, che i risultati di Korobkin devono misurarsi con le stesse critiche rivolte all'approccio di HB. In particolare, occorre innanzitutto verificare se la procedura sperimentale utilizzata sia in grado di offrire indicazioni affidabili sui fattori psicologici che guidano le scelte. In secondo luogo, occorre verificare se la preferenza per lo status quo legale debba essere interpretata come un comportamento irrazionale, fonte di potenziali inefficienze, o come un processo decisionale semplificato che tiene conto dei costi cognitivi delle scelte contrattuali.

Quanto alla costruzione degli esperimenti, è il caso di rilevare che il contesto della contrattazione sulla responsabilità per eventi imprevisti non corrisponde alla struttura del problema decisionale

utilizzato per dimostrare l'effetto dotazione. La principale differenza è rappresentata dall'incertezza sulle conseguenze del mantenimento o della deroga alla disciplina legale. Negli scenari prospettati, entrambe le alternative a disposizione dei contraenti comportano conseguenze non quantificabili.⁹¹ Viceversa, nessuna incertezza è presente negli esperimenti che richiedono di scambiare un oggetto con un altro oggetto o con denaro. E' possibile, quindi, che le risposte dei soggetti esaminati da Korobkin non siano state influenzate dall'allocazione legale della responsabilità, ma dalla percezione del livello di rischio associato a ciascuna alternativa.⁹² Come vedremo fra breve, attribuire i risultati degli esperimenti alla preferenza per lo status quo o all'incertezza sulle conseguenze potrebbe avere ripercussioni significative sulla scelta delle regole di default.

Un altro inconveniente della procedura sperimentale di Korobkin è l'assenza di qualsiasi valutazione sui processi decisionali della controparte del vettore. Nel primo scenario il vettore deve stabilire se accettare o rifiutare la proposta di estendere la sua responsabilità, ma non è fornita alcuna indicazione sulle ragioni che spingono a formulare tale proposta. E' plausibile ritenere che una richiesta motivata di deroga avrebbe maggiori probabilità di essere accolta. In tal caso la preferenza per lo status quo potrebbe attenuarsi o scomparire. Il sospetto che l'altra parte nasconda informazioni rilevanti potrebbe invece rafforzare la resistenza al cambiamento. Analoghe considerazioni possono proporsi per il secondo scenario, nel quale non si fornisce alcuna indicazione sulle ragioni che spingono il vettore a negoziare una deroga alla disciplina legale. Rilievo non secondario potrebbe avere anche l'interesse a mantenere un atteggiamento cooperativo per sviluppare una relazione di lungo periodo, ma l'esperimento non prende in considerazione questo aspetto.

Consideriamo ora le possibili interpretazioni dei risultati sperimentali. Nello spirito dell'approccio di HB, Korobkin afferma che la preferenza per lo status quo potrebbe spingere le parti ad adottare un assetto di interessi meno efficiente di quello che avrebbero scelto in assenza di tale limite cognitivo. Per rimediare a tale inefficienza, Korobkin propone di utilizzare standard generici che non consentano alle parti di stabilire l'esatto contenuto della disciplina legale. Se al momento della conclusione del contratto non è possibile prevedere quale dei contraenti sarà favorito dall'applicazione della regola di default, viene meno lo status quo legale che serve da punto di riferimento per la formazione delle preferenze. Un'altra soluzione potrebbe essere il rifiuto generalizzato di interventi giudiziali che servano ad integrare contratti lacunosi. Qualora i giudici si limitino a dichiarare l'invalidità del contratto, i privati sarebbero sempre costretti a negoziare esplicitamente per derogare allo status quo legale.⁹³

Le inefficienze che Korobkin collega alla preferenza per lo status quo sono ovviamente il principale motivo di interesse del fenomeno. Se i contraenti accettano qualunque regola legale, senza curarsi di valutare le alternative, l'intervento statale diventa ben più rilevante di quanto farebbero pensare le analisi che prendono in considerazione solo i tradizionali costi transattivi. Tuttavia, il tentativo di mettere in evidenza i risvolti negativi del meccanismo psicologico in esame rappresenta l'aspetto meno convincente dello studio di Korobkin. Identificare un comportamento non previsto dalla teoria della scelta razionale non equivale a dimostrare la sua inefficienza. Gli esperimenti non consentono di

escludere che, dovendo decidere in condizioni di notevole incertezza, i soggetti esaminati abbiano adottato una strategia ottimale. Nessuno dei dati forniti indica che una delle due opzioni disponibili era superiore all'altra.⁹⁴ Inoltre, l'influenza dello status quo provoca una circolarità delle preferenze. Se le parti non sono disposte a modificare la distribuzione legale della responsabilità, dal loro punto di vista qualunque assetto deve considerarsi efficiente.⁹⁵ In termini più generali, è difficile sostenere che qualsiasi manifestazione della preferenza per lo status quo nelle contrattazioni reali richiede interventi correttivi da parte dell'ordinamento. L'adesione alla disciplina legale o ad una prassi contrattuale⁹⁶ potrebbe rappresentare una regola di decisione che riduce il tempo e le risorse cognitive necessari per gestire situazioni complesse.

Questa interpretazione è avallata dagli esempi utilizzati per dimostrare che la preferenza per lo status quo esercita un'influenza significativa sulle decisioni reali. Uno dei più noti riguarda la disciplina delle assicurazioni automobilistiche predisposta all'inizio degli anni novanta dagli stati confinanti del New Jersey e della Pennsylvania. Per entrambi l'obiettivo principale era la riduzione del contenzioso relativo agli incidenti di minore entità. Tuttavia, il New Jersey scelse di offrire agli automobilisti una polizza che limitava il diritto di agire in giudizio, ma consentiva di espandere la copertura pagando un premio più elevato. La Pennsylvania, invece, seguì la strada opposta, offrendo una copertura totale che gli automobilisti potevano decidere di ridurre. Gli abitanti dei due stati effettuarono scelte drammaticamente diverse. Nel New Jersey solo il 20% degli automobilisti acquistò la copertura totale, mentre in Pennsylvania la medesima copertura, prevista per legge, fu mantenuta dal 75% degli automobilisti.⁹⁷ Se considerata isolatamente, questa scelta sembra condizionata dalla disciplina legale di partenza. E' possibile, però, che un ruolo non secondario abbia giocato il numero di opzioni che ciascun automobilista doveva prendere in considerazione per stipulare il contratto e la disponibilità di informazioni su ciascun tipo di rischio. Di solito la scelta non riguarda solo l'alternativa fra copertura totale o parziale, ma anche l'inserimento nella polizza di una copertura per spese funerarie, perdita di reddito, spese mediche straordinarie, danni provocati da automobilisti non assicurati, collisioni con altri veicoli o oggetti, nonché furto, incendio e vandalismo.⁹⁸

Affermare che le scelte riconducibili alla preferenza per lo status quo sono dovute alla razionalità limitata potrebbe avere il sapore della tautologia e ridursi alla constatazione che il reale è limitatamente razionale. Questa obiezione può essere superata osservando che il contributo della psicologia all'analisi delle regole contrattuali si misura sulla capacità di offrire indicazioni sui meccanismi mentali utilizzati nei vari contesti. Sulla scorta di tali indicazioni è possibile stabilire l'entità dei costi cognitivi e formulare previsioni sulle scelte più probabili in ciascun contesto. L'avversione alle perdite e la preferenza per l'inerzia non consentono di identificare le cause di tali comportamenti né di prevedere le situazioni in cui è più probabile che si manifestino.⁹⁹ Non è un caso, quindi, che il tentativo di determinare il contenuto delle regole di default sulla base dell'effetto dotazione si traduca spesso nell'elencazione di argomenti che puntano in direzioni opposte.¹⁰⁰

Più promettente è un approccio che parta dalle informazioni di cui le parti possono ragionevolmente disporre al momento della conclusione del contratto. Un'ipotesi plausibile è che tali informazioni determinino la preferenza per la regola di default o per una regola alternativa. L'analisi dei meccanismi psicologici dovrebbe servire a stabilire se una rappresentazione della realtà compatibile con le risorse cognitive di cui dispone ciascun contraente spinga nell'una o nell'altra direzione. Nessuna influenza dovrebbero esercitare le informazioni che possono essere acquistate con investimenti superiori alle capacità cognitive dei contraenti. In questa prospettiva, i costi di decisione imposti dalla razionalità limitata affiancano i tradizionali costi transattivi e contribuiscono a determinare l'esito della contrattazione.

Consideriamo l'esempio della responsabilità per eventi imprevisti, utilizzato da Korobkin per dimostrare la resistenza delle regole di default. Se la scelta della regola da applicare dipende dalle informazioni di cui le parti dispongono, occorre individuare la strategia di ricerca e il criterio di valutazione dei dati raccolti che ciascun contraente utilizza. Contrariamente a quanto suppone la teoria della scelta razionale, la ricerca effettuata da agenti limitatamente razionali non prevede la comparazione esaustiva dei costi e dei benefici di tutte le opzioni disponibili. La complessità dello spazio della decisione, direttamente proporzionale al numero di possibili combinazioni delle informazioni rilevanti, impedisce di andare oltre l'identificazione di un ristretto insieme di alternative. La quantità di ricerca effettivamente svolta dipende da una strategia semplificata che cerca di selezionare le informazioni più rilevanti. La principale qualità di una strategia di ricerca è l'adattamento alle caratteristiche dell'ambiente da esplorare o, più semplicemente, la capacità di stabilire correlazioni significative fra gli indizi noti e gli eventi o i fatti sconosciuti. Se tale correlazione è facilmente riconoscibile, la ricerca si risolve in una serie di passaggi che conducono direttamente alla circostanza ignota.

Nel caso della conclusione di un contratto di lungo termine, è più probabile che le caratteristiche dell'ambiente siano sconosciute alle parti. E' necessario, quindi, ricorrere a strategie di ricerca che sfruttano l'esperienza acquisita in precedenti occasioni. Uno degli esempi più noti di tali strategie è il c.d. *satisficing*, che prevede l'interruzione della ricerca non appena si identifichi un'alternativa in grado di garantire un esito soddisfacente per tutte le parti coinvolte.¹⁰¹ Un'altra strategia che richiede una minima quantità di impegno cognitivo si basa su meccanismi di riconoscimento che collegano l'informazione raccolta ad una delle possibili alternative.¹⁰²

Nel quadro di una contrattazione sulla responsabilità per eventi imprevisti, il ricorso a strategie di ricerca semplificate spiega perché la conservazione dello status quo legale o di una prassi commerciale rappresenta uno degli esiti più frequenti. Se l'esplorazione dello spazio della decisione è circoscritta ad un numero limitato di alternative, il punto di partenza della ricerca determina quali alternative saranno effettivamente prese in considerazione. E' plausibile, quindi, che la sua influenza iniziale si rifletta anche sulla decisione finale.¹⁰³ Una strategia di ricerca semplificata, d'altra parte, non impedisce di prendere in considerazione regole che derogano alla disciplina legale. E' necessario, però, che le parti

siano in grado di acquisire nuove informazioni e si convincano che la deroga consente di ottenere guadagni più elevati. Qualora le nuove informazioni non siano persuasive, lo status quo risulterà l'opzione preferibile.¹⁰⁴

Negli esperimenti di Korobkin, le scelte richieste ai due gruppi di studenti erano circoscritte alle alternative indicate. Pertanto, i costi di ricerca non rappresentano una spiegazione plausibile dei risultati ottenuti. E' evidente, però, che la loro presenza non può essere esclusa nella maggior parte delle decisioni reali utilizzate per esemplificare la rilevanza dello status quo al di fuori dei laboratori.¹⁰⁵ In ambito contrattuale, l'ipotesi che le parti ricorrano a strategie di ricerca semplificate potrebbe orientare l'indagine *ex post* sull'allocazione dei rischi. Contrariamente a quanto afferma Korobkin, la mancanza di una deroga alla disciplina legale non indica che le alternative non sono state prese in considerazione. Al giudice spetta il compito di accertare se le clausole del contratto riflettano un'attività di ricerca che ha consentito alle parti di ottenere le informazioni necessarie per distribuire il rischio. E' possibile, inoltre, che uno dei contraenti abbia minori costi di ricerca, ad esempio in virtù di una prolungata esperienza in un settore di mercato. In tal caso la disciplina legale dovrebbe favorire l'altra parte e porre a carico di chi deve affrontare minori costi cognitivi l'onere di negoziare una deroga.

Una volta individuate le informazioni rilevanti, occorre stabilire un criterio che consenta di convertirle nella decisione finale. Come si è rilevato nel paragrafo precedente, la letteratura di psicologia cognitiva indica che il criterio di scelta è influenzato dal contesto e dal contenuto della decisione. Nel caso della contrattazione sulla responsabilità per eventi imprevisti, gli esperimenti di Korobkin cercano di dimostrare che l'unico elemento del contesto in grado di influenzare la decisione è l'assegnazione della regola di default. In realtà, un esperimento condotto dallo stesso Korobkin dimostra che un altro elemento, l'incertezza sugli esiti della contrattazione, potrebbe risultare altrettanto decisivo. Allorché i due gruppi di studenti sono informati che la limitazione o l'ampliamento della responsabilità per eventi imprevisti si traduce in una riduzione o in un incremento del premio assicurativo pari a 75.000 dollari, l'eliminazione di qualsiasi incertezza sulle conseguenze della scelta provoca anche la scomparsa della preferenza per lo status quo.¹⁰⁶

Benché Korobkin interpreti questo risultato come una conferma del meccanismo psicologico che spinge gli individui a preferire l'inerzia, non può escludersi che le preferenze manifestate negli esperimenti siano una reazione all'incertezza sulle conseguenze di una deroga alla disciplina legale. In termini più generali, è plausibile ritenere che la principale abilità richiesta nella pianificazione di contratti di lungo periodo sia la gestione di situazioni di radicale incertezza, nelle quali manca la possibilità di associare probabilità ben definite a ciascun evento. Pertanto, qualsiasi indicazione sulla responsabilità per eventi imprevisti deve tener conto dei processi mentali che individui limitatamente razionali utilizzano in questo genere di situazioni.

Il problema delle scelte compiute in mancanza di ben definite probabilità ha attirato l'attenzione di economisti e psicologi fin dagli anni sessanta, allorché Daniel Ellsberg dimostrò che alternative con probabilità definite sono preferite ad alternative con probabilità indeterminate con identica utilità

attesa. Gli studi successivi dimostrano però un'oscillazione fra avversione e preferenza per l'alternativa più ambigua. Non è possibile in questa sede esaminare in dettaglio i modelli che cercano di spiegare i comportamenti osservati in condizioni di radicale incertezza.¹⁰⁷ Ci si limiterà, quindi, ad alcune indicazioni preliminari che dimostrino la rilevanza psicologica del fattore incertezza per la scelta degli assetti contrattuali.

Utili spunti in proposito provengono dagli studi di psicologia evolutiva. Una serie di esperimenti dimostra che l'avversione all'ambiguità non è innescata dalla mancata specificazione delle probabilità, ma dalla percezione che tale caratteristica è associata ad un'elevata variabilità degli esiti. Le conseguenze di una scelta possono essere previste quando la probabilità è conosciuta, ma non quando tutte le opzioni disponibili sono sullo stesso piano.¹⁰⁸ Pertanto, un'avversione alla variabilità giustificerebbe la preferenza per le opzioni che sia possibile associare a rischi ben definiti. Nello stesso tempo, però, si osserva il passaggio all'opzione più ambigua quando l'opzione meglio specificata garantisce un'utilità attesa inferiore alle esigenze del decisore.¹⁰⁹ La combinazione di questi due comportamenti indicherebbe che il fattore psicologico determinante è il raggiungimento di un obiettivo minimo. L'opzione più rischiosa sarà normalmente evitata, a meno che l'opzione più sicura consenta di ottenere guadagni inferiori a tale obiettivo.

Questi risultati suggeriscono che la negoziazione in condizioni di radicale incertezza dovrebbe spingere le parti a privilegiare regole o clausole che riducono la variabilità degli esiti. Ad esempio, nel primo scenario degli esperimenti di Korobkin, il vettore deve decidere se rinunciare alla limitazione di responsabilità, con conseguenze imprevedibili, o rinunciare ad un aumento del prezzo (opzione ben definita). Gli studi richiamati sembrerebbero indicare che la preferenza per la prima alternativa non è dovuta all'influenza dello status quo legale, ma dimostra un'avversione per le scelte che ampliano la gamma degli esiti possibili. Accettando l'espansione della sua responsabilità, il vettore non è in grado di sapere se dovrà pagare risarcimenti superiori ai profitti attesi.

Le scelte osservabili nel secondo scenario sembrerebbero smentire l'interpretazione proposta. In questo caso, infatti, si registra una minore disponibilità a pagare per ottenere la limitazione di responsabilità e la conseguente riduzione della variabilità. Tuttavia, gli esperimenti dimostrano chiaramente una preferenza collettiva per il contratto che esonera dalla responsabilità per eventi imprevisti.¹¹⁰ Questo risultato, non enfatizzato da Korobkin, indica che l'avversione alla variabilità è un'interpretazione altrettanto plausibile della preferenza per lo status quo.

Nessun esperimento consente di isolare con assoluta precisione gli effetti di una singola variabile né, d'altro canto, è sempre possibile prevedere il modo in cui quella variabile interagisce con altri fattori in situazioni reali.¹¹¹ E' evidente, però, che la preferenza per lo status quo e l'avversione alla variabilità offrono indicazioni divergenti sulla scelta delle regole di default. La prima segnala il pericolo di inefficienze e sollecita interventi correttivi che sottraggano i contraenti all'influenza dello status quo legale. La seconda suggerisce invece di utilizzare le regole di default per ridurre l'incertezza sulla

distribuzione delle probabilità. Se gli individui cercano di evitare le scelte che potrebbero impedire di conseguire l'obiettivo minimo prefissato, occorre predisporre misure che assecondino tale tendenza. In questo senso potrebbero essere interpretate le regole che consentono di ottenere lo scioglimento del contratto al verificarsi di eventi imprevisti. L'intervento giudiziale dovrebbe introdurre una cesura nell'insieme degli esiti possibili escludendo i rischi che impedirebbero ad uno dei contraenti di raggiungere l'obiettivo minimo.¹¹²

La differenza fra le due interpretazioni diventa ancor più evidente qualora si ritenga che le regole di default non influenzino la scelta iniziale delle clausole contrattuali, ma determinino le opzioni a disposizione di ciascun contraente allorché un evento imprevisto rende necessaria la rinegoziazione.¹¹³ L'applicazione di standard generici, suggerita da Korobkin, priverebbe le parti dei punti di riferimento necessari per confrontare la divisione delle perdite realizzabile con la revisione del contratto ed i rischi connessi allo spostamento del conflitto in sede giudiziale. I processi mentali innescati dalla razionalità limitata suggeriscono invece di introdurre regole che riducano gli spazi di contrattazione strategica per la parte avvantaggiata da circostanze impreviste.¹¹⁴ Se nessuno degli indizi disponibili al momento della conclusione del contratto consigliava di adottare una diversa distribuzione dei rischi, la parte svantaggiata non può essere accusata di aver commesso errori. Una regola che le addossi tutte le perdite non avrebbe alcun effetto di incentivo per le parti che in futuro si troveranno nelle medesime condizioni.¹¹⁵

L'analisi psicologica degli incentivi trasmessi dalle regole giuridiche non richiede interventi statali che correggano i comportamenti irrazionali degli individui. La razionalità limitata giustifica solo interventi che semplifichino la complessità della decisione. Si tratta quindi di un compito del tutto analogo a quello tradizionalmente svolto sul versante dei costi transattivi. L'unica, ma significativa, differenza è che la scarsa conoscenza di molti processi mentali rende più difficile l'individuazione delle misure adeguate. Spogliato della sua connotazione negativa, l'approccio di HB può essere utilizzato, insieme ad altre correnti della psicologia cognitiva, per migliorare tale conoscenza ed estendere l'analisi giureconomica all'obiettivo della riduzione dei costi di decisione. Sulla scorta degli argomenti discussi in questo paragrafo, le regole di default dovrebbero:

- a) facilitare l'interazione fra capacità cognitive individuali e caratteristiche dell'ambiente attraverso la trasmissione di segnali che incrementino il numero di opzioni selezionabili da agenti limitatamente razionali;
- b) evitare che il ricorso a strategie decisionali semplificate e le inevitabili imperfezioni della pianificazione contrattuale si traducano in un'occasione per comportamenti opportunistici.

5. La razionalità delle istituzioni

Le considerazioni proposte nei paragrafi precedenti segnalano le difficoltà che, sul piano dell'analisi istituzionale, potrebbero derivare dal ricorso alla nozione di errore cognitivo. Seguendo tale prospettiva,

è quasi inevitabile che si attribuisca agli interventi statali una funzione prevalentemente correttiva. Le regole legali dovrebbero servire a ripristinare le condizioni che rendono possibili i processi decisionali richiesti dalla teoria della scelta razionale. Come si è rilevato, uno spostamento dell'intervento statale in questa direzione rischia di non essere compatibile con l'obiettivo di ridurre i costi della decisione. Nel caso delle regole contrattuali, ad esempio, il tentativo di evitare un eccessivo attaccamento allo status quo entra in conflitto con l'esigenza di semplificare la gestione di situazioni di radicale incertezza.

L'approccio suggerito dalla BLE solleva un ulteriore problema, emerso a più riprese nelle pagine precedenti: se gli individui sono vittima degli errori cognitivi, per quale motivo dovremmo ritenere che le istituzioni incaricate di correggerli ne siano esenti? Si tratta evidentemente di un interrogativo che non riguarda solo la BLE, ma qualsiasi teoria dell'intervento statale. Ad esempio, qualora si supponga che la principale giustificazione di tale intervento siano i fallimenti del mercato, occorre verificare che le istituzioni incaricate di risolvere i problemi collegati alla presenza di monopoli, esternalità o asimmetrie informative siano in grado di ottenere risultati più efficienti di quelli realizzabili in assenza di regolamentazione. La comparazione tra fallimenti del mercato e fallimenti dello stato era già presente nel celebre articolo di Coase¹¹⁶ e rappresenta ormai un passaggio pressoché necessario nel dibattito economico sul ruolo delle istituzioni.¹¹⁷ La BLE aggiunge un ulteriore elemento di valutazione a tale dibattito. Fino ad ora il fattore discriminante fra stato e mercato è stato individuato nei costi transattivi. Il ricorso ad una teoria della razionalità limitata consente di affermare che l'intervento statale è giustificato solo se i costi di decisione del legislatore, dei giudici o delle autorità amministrative sono inferiori ai costi di decisione dei soggetti interessati alla regolamentazione.

Questa direttiva è la naturale conseguenza dell'osservazione che la razionalità limitata rappresenta il modello di comportamento più plausibile sia per i privati che per coloro che operano all'interno delle istituzioni statali. Anche se questi ultimi possono essere dotati, in virtù del ruolo che ricoprono, di una specifica competenza in determinate materie, gli studi di psicologia cognitiva dimostrano che gli esperti non sono esenti dagli errori cognitivi ampiamente documentati per la gente comune.¹¹⁸ E' evidente, quindi, che l'anti-antipaternalismo sostenuto da Sunstein e colleghi poggia sull'assunto che, almeno per determinate classi di problemi, la razionalità delle istituzioni sia meno limitata della razionalità degli individui. Si tratta di un'ipotesi che non può essere confermata o falsificata in modo generale e astratto, ma richiede una verifica empirica caso per caso. E' opportuno, però, specificare in modo più dettagliato i termini del confronto fra procedure decisionali a livello individuale e istituzionale. In via del tutto preliminare, è necessario fare almeno tre considerazioni.

In primo luogo, il confronto non riguarda solo i costi di decisione degli individui e delle istituzioni, ma anche i costi di decisione di istituzioni diverse. Un esempio del primo caso è la valutazione della capacità dei giudici e delle parti contraenti nella scelta delle regole di default applicabili a contratti

incompleti.¹¹⁹ Esempi del secondo caso sono la distribuzione delle competenze fra giudici e legislatori e i criteri utilizzati per controllare l'operato di un'autorità indipendente.¹²⁰

In secondo luogo, il confronto basato sui costi di decisione si intreccia con considerazioni di altra natura. L'allocazione del potere decisionale non è determinata solo dalle qualità cognitive del decisore, ma anche dalla sua rappresentatività democratica, dalla facilità con cui può essere influenzato da determinate coalizioni di interessi, o dalla capacità di soddisfare istanze di tipo distributivo. La contemporanea presenza di questi e di altri fattori rende estremamente difficile stabilire il ruolo che i costi di decisione giocano nella definizione della sfera di competenza di ciascuna istituzione.

Infine, non è del tutto chiaro il criterio alla stregua del quale misurare le capacità cognitive delle istituzioni. Si ripropone qui il contrasto, illustrato in precedenza con riferimento alle decisioni individuali, fra dimensioni normative e descrittive della razionalità. E' possibile, infatti, sostenere che la teoria tradizionale rappresenta un punto di riferimento indispensabile per le scelte delle istituzioni anche qualora si dimostri che non descrive in modo accurato i comportamenti degli individui.

Ciascuno dei punti menzionati solleva complessi problemi di disegno istituzionale e richiede l'esame di questioni che vanno ben oltre i limiti di questo articolo. Ci si limiterà, quindi, ad identificare i nodi tuttora irrisolti e le direzioni di ricerca più promettenti per un'analisi che cerchi di collegare la riflessione sul comportamento individuale e le modalità di funzionamento degli organi statali.

La prima considerazione riguarda la natura inevitabilmente comparativa delle valutazioni sull'entità dei costi di decisione. Se la razionalità limitata contraddistingue sia l'agire individuale che le scelte istituzionali, l'obiettivo dell'analisi è l'identificazione dei processi decisionali che riducono la probabilità di deviazioni dagli scopi prefissati. Tuttavia, il termine di confronto non può essere un'istituzione dotata di razionalità perfetta. E' necessario, invece, riconoscere che ciascuna istituzione presenta caratteristiche che la rendono idonea a regolare determinate classi di problemi, ma non le consentono di intervenire in modo soddisfacente al di fuori di quello specifico settore. Non diversamente da quanto si è osservato per l'agire individuale, gli inconvenienti legati alla razionalità limitata possono essere minimizzati solo se le caratteristiche del processo decisionale garantiscono un elevato grado di corrispondenza con la struttura del problema da risolvere.¹²¹ Pertanto, la sfera di competenza di un'istituzione può essere determinata solo dopo aver verificato che, a parità di costi, nessun'altra istituzione è in grado di ottenere una migliore corrispondenza.

Questo genere di analisi è rilevante per un gran numero di questioni istituzionali tuttora controverse. Nella letteratura americana, ad esempio, si discute la divisione dei compiti fra corti ed agenzie in materia di regolamentazione dei rischi. Entrambe le istituzioni presentano vantaggi ed inconvenienti. Alle corti si imputa una tendenza a favorire i danneggiati ed una limitata capacità di regolamentare i rischi in modo sistematico. Le agenzie, invece, sono accusate di essere influenzate da coalizioni di interessi e di adottare tecniche di decisione che non sono immuni da errori. Questi argomenti possono essere interpretati come valutazioni di segno opposto sull'entità dei costi di decisione per ciascuna istituzione. La causa principale del disaccordo è rintracciabile nel fatto che corti e agenzie operano in

condizioni di incertezza e adottano misure che non corrispondono ad un ipotetico livello ideale di rischio, ma sono la conseguenza delle dinamiche interne a ciascuna istituzione.¹²² Dal punto di vista delle capacità cognitive, il fattore decisivo per la distribuzione delle competenze è il confronto fra i rispettivi processi decisionali e le informazioni considerate più rilevanti per la regolamentazione di determinati tipi di rischio. La preferenza dovrebbe essere accordata all'istituzione che, in virtù delle caratteristiche dei suoi membri e delle sue procedure decisionali, è in grado di focalizzare l'attenzione su quelle informazioni e di ignorare le altre.

Analoghe considerazioni possono proporsi per la scelta dei criteri di interpretazione delle leggi. In questo caso i giudici adottano procedure decisionali che utilizzano diversi tipi di informazioni. Ad esempio, il significato di una legge può essere stabilito sulla base del solo criterio letterale, attraverso i lavori parlamentari, o ancora ricorrendo ad una ricostruzione sistematica che tenga conto degli effetti di ciascuna delle possibili interpretazioni. La scelta del criterio determinerà la probabilità di errore, da intendersi come deviazione dall'obiettivo prefissato, e i costi di decisione. Per le questioni interpretative che richiedono di prendere decisioni in condizioni di radicale incertezza sui possibili effetti, la scelta dovrebbe cadere sul criterio che consente di sfruttare le specifiche conoscenze dei giudici e di ottenere un livello soddisfacente di accuratezza.¹²³

L'analisi delle procedure decisionali utilizzate dalle istituzioni deve tener conto anche di fattori diversi dalle capacità cognitive. Uno dei più noti è l'interazione strategica fra i poteri statali.¹²⁴ Le istituzioni che delegano compiti decisionali ad altri organi o enti non si limitano a prendere in considerazione l'abilità del delegato, ma anche la possibilità di allineare le sue decisioni ai loro interessi. E' possibile che l'obiettivo di controllare l'attività degli enti gerarchicamente subordinati faccia passare in secondo piano qualunque considerazione sull'accuratezza della procedura.

Un esempio di riforma istituzionale che potrebbe essere condizionata da tale fattore è l'introduzione dell'analisi costi-benefici come metodo obbligatorio di valutazione per le iniziative di regolamentazione da parte di pubbliche amministrazioni o autorità indipendenti. Di solito tale strumento serve a migliorare la trasparenza e l'efficienza delle procedure amministrative.¹²⁵ Non è escluso, però, che sia utilizzato da istituzioni che non sono affatto interessate all'efficienza. Costringere un'autorità indipendente a predisporre un'analisi costi-benefici riduce l'asimmetria informativa fra delegato e delegante. Quest'ultimo è in grado di osservare direttamente gli effetti delle regolamentazioni proposte e di ostacolare quelle contrarie ai suoi obiettivi. Uno dei possibili esiti di questa interazione strategica è l'approvazione di progetti inefficienti ma conformi agli interessi del delegante.¹²⁶ E' evidente, quindi, che l'obiettivo di ridurre i costi di decisione passa in secondo piano e diventa prevalente l'esigenza di ridurre i costi di controllo sostenuti dal delegante. Ad identici risultati conduce l'allocazione del potere decisionale all'ente dotato di maggiore rappresentatività democratica. In questo caso, il fattore decisivo non è l'entità dei costi di decisione, ma la capacità di effettuare scelte che incorporano valutazioni etiche o distributive.

Il contrasto fra le due direttive - riduzione dei costi di decisione o dei costi di controllo - potrebbe essere superato semplicemente includendo i secondi nei primi. La deviazione del delegato dagli obiettivi che il delegante intende realizzare potrebbe essere interpretata come un errore del tutto equivalente a quelli provocati dalla razionalità limitata.¹²⁷ In tal caso, il potere decisionale dovrebbe essere distribuito in modo da consentire al delegante di sostituirsi al delegato. E' evidente, però, che gli interventi con funzione di controllo avverrebbero anche nei casi in cui il delegato è dotato delle migliori competenze. Il contrasto fra le scelte determinate dalla valutazione delle due categorie di costi appare qui inevitabile, dato che la riduzione dell'una provoca l'aumento dell'altra. Sarebbe opportuno, quindi, tenere separata l'analisi dei casi in cui l'intervento è dovuto alla volontà di riallineare gli interessi del delegante e del delegato, da quelli in cui si sottrae il potere decisionale al delegato e lo si attribuisce ad un'istituzione che dispone di migliori capacità cognitive in una specifica circostanza o per un'intera classe di problemi. E' plausibile, comunque, ritenere che nella maggior parte dei sistemi istituzionali le valutazioni relative ai costi di controllo esercitino un'influenza maggiore di quelle che riguardano i costi di decisione.

La terza ed ultima considerazione ripropone l'alternativa, già illustrata con riferimento alle decisioni individuali, fra approcci normativi e descrittivi alle teorie della razionalità. Un numero consistente di autori ritiene che i limiti cognitivi delle istituzioni non precludano il ricorso all'analisi costi-benefici e alla teoria dell'utilità soggettiva attesa. Anche se tali procedure non riflettono i comportamenti abituali degli individui, potrebbero conservare un ruolo di primo piano nelle scelte dei legislatori e delle autorità amministrative. A sostegno di questa tesi sono state proposte argomentazioni di vario genere. Alcune distinguono gli aspetti normativi della razionalità dalla previsione dei comportamenti e ritengono che la teoria tradizionale debba essere utilizzata per identificare gli obiettivi che l'ordinamento dovrebbe perseguire. Rimane, però, aperta la possibilità che le modalità di attuazione di quegli obiettivi tengano conto dei risultati sperimentali descritti dalla psicologia cognitiva.¹²⁸

Argomentazioni di natura più pragmatica sono proposte dagli autori che attribuiscono all'analisi costi-benefici il merito di sottrarre le decisioni istituzionali all'influenza degli errori cognitivi. Di fronte ad una domanda di regolamentazione che potrebbe essere stimolata dalla mancanza di informazioni o da una distorta percezione dei rischi, un'esplicita e sistematica quantificazione degli effetti servirebbe a stabilire con maggiore precisione l'opportunità e il contenuto dell'intervento.¹²⁹ Il ricorso ad una procedura con solide radici nella teoria tradizionale della razionalità avrebbe quindi un duplice significato: da un lato, correggerebbe gli errori di valutazione commessi dall'opinione pubblica; dall'altro, eviterebbe che le istituzioni siano vittima degli stessi errori.¹³⁰

Queste posizioni sono coerenti con l'obiettivo di confrontare e scegliere le istituzioni sulla base dei rispettivi costi di decisione. L'analisi costi-benefici non è infallibile, ma in alcune circostanze rappresenta una strategia più affidabile di qualunque altra alternativa.¹³¹ E' il caso, comunque, di sottolineare alcune difficoltà che potrebbero incidere sulla valutazione delle procedure decisionali. In

primo luogo, occorre evitare che l'analisi costi-benefici sia chiamata a correggere comportamenti che sembrano frutto di errori cognitivi se giudicati con il metro della razionalità perfetta, ma sono del tutto ragionevoli se interpretati come reazioni di individui limitatamente razionali.¹³² Nei paragrafi precedenti si è rilevato che si tratta di un problema ricorrente negli approcci che utilizzano la nozione di errore cognitivo per giustificare l'intervento statale.

In secondo luogo, è ampiamente documentata la tendenza delle istituzioni ad adottare politiche che assecondano le preferenze espresse dall'opinione pubblica. Numerose strategie, dalla costituzione di un'autorità indipendente priva di fondi all'adozione di una regolamentazione particolarmente severa ma destinata a rimanere inattuata, possono essere utilizzate per soddisfare una domanda di intervento che non sarebbe in grado di superare il test dell'analisi costi-benefici.¹³³ E' bene, quindi, evitare di ritenere che le istituzioni siano sempre disposte ad adottare provvedimenti che abbiano come obiettivo principale la correzione degli errori cognitivi.

I tre profili esaminati non esauriscono la discussione dei rapporti fra funzionamento delle istituzioni e razionalità limitata. Riprendendo le osservazioni di Simon sulle organizzazioni, è possibile rilevare che ciascuna istituzione contribuisce a creare un ambiente psicologico attraverso la suddivisione del lavoro, la creazione di pratiche standardizzate e di canali di comunicazione, nonché l'educazione dei suoi membri. L'influenza esercitata dall'ambiente organizzativo dovrebbe garantire il superamento dei limiti che contraddistinguono l'agire individuale.¹³⁴ Il tentativo di integrare analisi psicologica ed economica delle istituzioni richiede quindi di riconoscere e classificare le caratteristiche organizzative che permettono a ciascuna istituzione di affrontare determinate classi di problemi con costi di decisione inferiori a qualsiasi altra alternativa.

6. Conclusioni

La BLE ha rimesso in discussione la maggior parte dei risultati raggiunti dall'EAL tradizionale negli ultimi trent'anni. Fino ad ora, il contributo più significativo del nuovo approccio è rappresentato dalla dimostrazione che un'analisi economica delle istituzioni e delle regole giuridiche può essere svolta al di fuori del paradigma della scelta razionale. Gli studi di HB sono stati utilizzati per disegnare un quadro più realistico delle reazioni individuali agli incentivi legali. Alla luce degli sviluppi paralleli sul versante della teoria economica, non è difficile prevedere che l'EAL dei prossimi dieci anni assorbirà in modo sempre più sistematico l'idea di razionalità limitata.

Se un deciso avanzamento in questa direzione può essere salutato con favore, meno convincente è il tentativo di accreditare un'analisi giureconomica che assuma come obiettivo principale la correzione degli errori cognitivi. Il collegamento fra le difficoltà che gli individui incontrano in qualsiasi attività decisionale e la necessità di un intervento statale non può considerarsi una conseguenza inevitabile dell'approccio di HB ed è addirittura smentito da altre correnti della psicologia cognitiva. In termini più generali, il confronto dei comportamenti osservati negli esperimenti con il modello della scelta

razionale potrebbe risultare fuorviante qualora non si tenga conto dei costi di decisione collegati alla razionalità limitata. Le domande più interessanti per l'analisi delle istituzioni non riguardano la violazione degli assiomi, ma i meccanismi psicologici che permettono di ottenere risultati soddisfacenti in ambienti complessi.

I risultati empirici e sperimentali della psicologia cognitiva dovrebbero servire a ricostruire le interazioni fra razionalità limitata degli individui e contesto istituzionale. Se i costi di decisione non consentono di andare oltre la valutazione di un ristretto numero di informazioni, l'obiettivo principale dell'intervento statale non è la correzione degli errori, ma l'ampliamento delle opportunità di scelta. Il conseguimento di tale obiettivo richiede però una difficile indagine sui numerosi fattori che condizionano e modellano i processi mentali in differenti contesti. Nel caso delle regole contrattuali, ad esempio, è di cruciale importanza stabilire in che modo i contraenti individuano il criterio di riferimento per valutare la convenienza di un determinato accordo. In situazioni di radicale incertezza, gli studi di psicologia suggeriscono forme di intervento che riducano la variabilità degli esiti *ex ante* ed il pericolo di sfruttamento opportunistico dell'incompletezza contrattuale *ex post*.

L'analisi dei processi decisionali a livello individuale si intreccia con l'analisi delle scelte compiute dagli attori istituzionali. La razionalità che guida la produzione di regole legislative, giurisprudenziali e amministrative è oggetto di studio in numerose discipline, ma i suoi rapporti con le scelte individuali sono difficilmente riassumibili in formule operative. Per il momento, l'unica indicazione di carattere generale consiste nell'inserimento dei costi di decisione di ciascuna istituzione fra i fattori che dovrebbero orientare la distribuzione dei poteri normativi fra i diversi livelli dell'ordinamento.

Note

- ¹ V. LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, 60 *Va. L. Rev.* 451 (1974); KELMAN, *Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem*, 52 *S. Cal. L. Rev.* 669 (1979); KENNEDY, *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, 33 *Stan. L. Rev.* 387 (1981); HARRISON, *Egoism, Altruism, and Market Illusions: The Limits of Law and Economics*, 33 *UCLA L. Rev.* 1309 (1986); ELLICKSON, *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, 65 *Chi.-Kent L. Rev.* 23 (1989); CRESPI, *The Mid-Life Crisis of the Law and Economics Movement: Confronting the Problems of Nonfalsifiability and Normative Bias*, 67 *Notre Dame L. Rev.* 231 (1991).
- ² V., per riferimenti, CONLISK, *Why Bounded Rationality ?*, 34 *J. Econ. Lit.* 669 (1996); KREPS, *Bounded Rationality*, in NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, I, London, 1998, 168; M. RABIN, *Psychology and Economics*, 36 *J. Econ. Lit.* 11 (1998); MCFADDEN, *Rationality for Economists ?* 19 *J. Risk and Uncertainty* 73 (1999).
- ³ Per una recente raccolta di studi che illustrano i fondamenti teorici e propongono numerose applicazioni di tale programma v. KAHNEMAN e TVERSKY (a cura di), *Choices, Values, and Frames*, New York, 2000.
- ⁴ V., ad es., JOLLS, SUNSTEIN e THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stan. L. Rev.* 1471, 1474 (1998) (riprodotto in SUNSTEIN (a cura di), *Behavioral Law and Economics*, New York, 2000, 13): "(t)he unifying idea in our analysis is that behavioral economics allows us to model and predict behavior relevant to law with the tools of traditional economic analysis, but with more accurate assumptions about human behavior, and more accurate predictions and prescriptions about law."
- ⁵ V. le indicazioni in LANGEVOORT, *Behavioral Theories of Judgement and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review*, 51 *Vand. L. Rev.* 1499 (1998).
- ⁶ V., ad es., TVERSKY e KAHNEMAN, *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 *Science* 1124 (1974), riprodotto in CONNOLLY, ARKES e HAMMOND (a cura di), *Judgement and Decision Making: An Interdisciplinary Reader*, 2° ed., New York, 2000, 35: "people rely on a limited number of heuristic principles which reduce the complex tasks of assessing probabilities and predicting values to simpler judgmental operations. In general, these heuristics are quite useful, but sometimes they lead to severe and systematic errors."
- ⁷ Questa classificazione è utilizzata da JOLLS e al., *A Behavioral Approach cit.*, 1476ss., e da SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, 1 *Am. L. & Econ. Rev.* 115, 121ss. (1999). V. anche MULLAINATHAN e THALER, *Behavioral Economics*, NBER Working Paper Series, n. 7948, October 2000.
- ⁸ V. KURAN e SUNSTEIN, *Controlling Availability Cascades*, in SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics*, cit., 374. Questo esempio mette in evidenza la necessità del confronto fra razionalità individuale e razionalità delle istituzioni, sul quale si tornerà infra, par. 5.
- ⁹ V. KOROBIKIN e ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 *Cal. L. Rev.* 1051, 1119ss. (2000), nonché SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, cit., 129ss. L'incoerenza delle scelte intertemporali può interferire anche con gli effetti deterrenti delle sanzioni penali: v., in proposito, JOLLS e al., *A Behavioral Approach cit.*, 1538ss.
- ¹⁰ V., ad es., KAHNEMAN, KNETSCH e THALER, *Fairness and the Assumptions of Economics*, in HOGART e REDER (a cura di), *Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology*, Chicago/London, 1987, 101.
- ¹¹ V. le applicazioni proposte da JOLLS e al., *A Behavioral Approach cit.*, 1489ss., 1510ss.; SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, cit., 125ss.; KOROBIKIN e ULEN, *Law and Behavioral Science cit.*, 1135ss.
- ¹² JOLLS e al., *A Behavioral Approach cit.*, 1484: "(t)he difference between conventional and Behavioral Law and Economics is not just a difference in the validity of the assumptions about human behavior... the force of behavioral economics comes from the difference in its predictions ...".
- ¹³ V. KOROBIKIN e ULEN, *Law and Behavioral Science cit.*, 1058.
- ¹⁴ V. JOLLS e al., *A Behavioral Approach cit.*, 1474s.
- ¹⁵ V. JOLLS e al., *A Behavioral Approach cit.*, 1545: "from the perspective of Behavioral Law and Economics, issues of paternalism are to a significant degree empirical questions, not questions to be answered on an a priori basis. No axiom demonstrates that people make choices that serve their best interests; this is a question to be answered based on evidence." RACHLINKI, *The "New" Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters*, 85 *Cornell L. Rev.* 739, 763 (2000) osserva che "(g)enerally speaking, when [Behavioral Decision

- Theory] identifies cognitive errors that parties are prone to making, it supports somewhat paternalistic legal doctrine." Nello stesso senso v. anche ULEN, Rational Choice Theory in Economics, in BOUCKAERT e DE GEEST, Encyclopedia of Law and Economics, I, Cheltenham, 2000, 790, 814, il quale ritiene però che sia necessario attendere ulteriori riscontri empirici prima di formulare scelte di ispirazione paternalistica.
- ¹⁶ Questa possibilità è illustrata con toni critici da HILLMAN, The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages, 85 Cornell L. Rev. 717, 735 (2000). RACHLINKI, The "New" Law and Psychology cit., 763, la considera invece uno dei possibili sviluppi del nuovo approccio.
- ¹⁷ V. LESSIG, The New Chicago School, 27 J. Legal Stud. 661 (1998) per l'osservazione che "(t)he moral of the old [Chicago] school is that the state should do less. The hope of the new is that the state can do more."
- ¹⁸ R. POSNER, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, 50 Stan. L. Rev. 1551 (1998)
- ¹⁹ V. le osservazioni di SCHROEDER, Rationality in Law and Economics Scholarship, 79 Or. L. Rev. 147 (2000). Se può essere criticabile il tentativo di incorporare la biologia evolutiva nella teoria della scelta razionale, non è escluso che i suoi risultati siano utilizzabili per costruire una teoria della razionalità limitata. V., per alcune indicazioni in tal senso, infra, par. 3.
- ²⁰ V., ad es., ARROW, Rationality of Self and Others in an Economic System, in HOGART e REDER, Rational Choice cit., 201, 203 ["(r)ationality hypotheses are partial and frequently, if not always, supplemented by assumptions of a different character."]; KREPS, Bounded Rationality, cit., 170 ["(e)specially by using privately held information, clever economic model-builders can (seemingly) rationalize any empirical phenomena."].
- ²¹ V. HANSON e KY SAR, Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation, 74 N.Y.U. L. Rev. 632 (1999), nonché Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation, 112 Harvard L. Rev. 1420 (1999). V. però HENDERSON e RACHLINSKI, Product-Related Risk and Cognitive Biases: The Shortcomings of Enterprise Liability, in corso di pubblicazione in 6 R. Williams L. Rev. (2001) per l'affermazione che gli studi sul comportamento non giustificano un regime di responsabilità oggettiva per le imprese.
- ²² V., ad es., ARLEN, Comment: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law, 52 Vand. L. Rev. 1765, 1769 (1998): "(p)roposals designed to address biases generally entail the intervention of judges, legislators, or bureaucrats who are also subject to various biases. The very power of the behaviorist critique - that even educated people exhibit certain biases - thus undercuts efforts to redress such biases." Nello stesso senso v. BAINBRIDGE, Mandatory Disclosure: A Behavioral Analysis, 68 U. Cin. L. Rev. 1023, 1056 (2000): "the claim that law can correct market failures caused by decisionmaking biases or cognitive errors treats regulators as exogenous to the system. Once the state is endogenized, however, regulators must be treated as actors with their own systematic decisionmaking biases." Anche Sunstein e i suoi coautori riconoscono il problema della competenza delle istituzioni pubbliche (v. JOLLS e al., A Behavioral Approach cit., 1543ss.), ma non escludono la possibilità di immaginare soluzioni che migliorino le capacità di scelta dei cittadini. E' evidente che il contrasto fra le due posizioni non può essere risolto in astratto, ma richiede un'analisi delle caratteristiche del problema da affrontare e dello specifico contesto istituzionale in cui è inserito. Per alcune considerazioni in proposito v. infra, par. 5.
- ²³ V. HOGART e REDER, Introduction: Perspectives From Economics and Psychology, in Rational Choice cit., 4 ["(p)sychology ... is a fragmented discipline consisting of a number of separate research communities that do not share an easily identifiable paradigm."]; GOLDSTEIN e HOGART, Judgement and Decision Research: Some Historical Context, in Research on Judgement and Decision Making, Cambridge, 1997, 3.
- ²⁴ V., ad es., SCOTT, The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms, 86 Va. L. Rev. 1603, 1642ss. (2000) e STEPHAN, Regulatory Cooperation and Competition: The Search for Virtue, University of Virginia School of Law, Law & Economics Working Papers, Working Paper n. 12, June 1999, per l'osservazione che le ricerche ispirate dalla psicologia evolutiva consentono di formulare previsioni più ottimistiche sulle capacità cognitive degli individui. V. però infra, par. 3, per l'utilizzazione di questi risultati a supporto dell'idea di razionalità limitata piuttosto che in difesa della teoria tradizionale.
- ²⁵ SCOTT, The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms, cit., 1647, sottolinea la difficoltà di ricavare teorie generali dalle osservazioni delle scienze comportamentali: "(a)s legal scholars, we are in the uncomfortable middle ground between the general and the particular. Law, as applied behavioral theory, strives to generalize from real-word observations in order to implement socially desirable changes in real-word behaviors. Inevitably, this requires the legal analyst to generalize uncomfortably from the particular observations of the behavioral sciences and to particularize with equal discomfort the abstractions of economics." Il problema delle indicazioni contrastanti è rilevato da HILLMAN, The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis cit., 731: "[Behavioral decision Theory] may be of only limited help because its theorists have not yet developed guiding principles from the plethora of observations about behavior." Di "inevitable scientific partiality of all models of human behavior" e di "data that are inexorably ambiguous in their implications" parla KELMAN, Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein, and Thaler, 50 Stan. L. Rev. 1577, 1579 (1998).

- ²⁶ POSNER, *Rational Choice* cit., 1551, osserva: "I don't doubt that there is something to Behavioral Law and Economics, and that law can benefit from its insights." V. anche SCOTT, *The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms*, cit., 1645s.: "the research methodologies of psychology and sociology are useful in enriching our understanding of the underlying behaviors that are regulated by ... legal rules. While this context may not always be amenable to generalization, deep familiarity with particular context is the best medicine for any legal analyst who strives for general theory."
- ²⁷ JOLLS, SUSNTEIN e THALER, *Theories and Tropes: A Reply to Posner and Kelman*, 50 *Stan. L. Rev.* 1593, 1594, 1600 (1998) ammettono il loro agnosticismo sulle cause dei comportamenti di cui si occupano.
- ²⁸ V. COASE, *How Should Economists Choose ?*, in *Essays on Economics and Economists*, Chicago, 1994, 16: "a theory is not like an airline or bus timetable. We are not interested simply in the accuracy of its predictions. A theory also serves as a base for thinking. It helps us to understand what is going on by enabling us to organize our thoughts." In una prospettiva non dissimile si collocano le numerose critiche alle posizioni di Milton Friedman che sottolineano la possibilità di utilizzare la teoria per fini diversi dalle previsioni, ed in particolare per ottenere descrizioni accurate della realtà e spiegazioni causali di un fenomeno. V., in proposito, SCHROEDER, *Just So Stories: Posnerian Economic Methodology*, Cardozo Law School, Working Paper n. 13, June 2000.
- ²⁹ V. SIMON, *An Empirically Based Microeconomics*, Cambridge, 1997, 19: "(i)n a wide range of important situations, we cannot understand economic behavior without a correct theory of the processes and knowledge the actors are actually using to make their choices."
- ³⁰ V. JOLLS e al., *A Behavioral Approach* cit., 1475. KOROBKIN e ULEN, *Law and Behavioral Science* cit., 1053ss., osservano che il ricorso alle teorie del comportamento è in parte dovuto all'esaurimento del programma di ricerca basato sull'applicazione degli strumenti tradizionali della microeconomia.
- ³¹ V., ad es., AUMANN, *Rationality and Bounded Rationality*, 21 *Games and Econ. Behav.* 2, 3 (1997) ["(t)here is no unified theory of bounded rationality, and probably never will be."]; KREPS, *Bounded Rationality*, cit., 172 ["(n)o single model of boundedly rational behaviour will emerge as preeminent."].
- ³² E' noto che la maggior parte delle nozioni economiche subisce trasformazioni e adattamenti quando è applicata a problemi giuridici. L'esempio più evidente riguarda l'impiego delle varie versioni dell'efficienza. V., in proposito, le osservazioni di CALABRESI, *L'inutilità di Pareto: un tentativo di andare oltre Coase*, *Materiali storia cultura giur.*, 1996, 399 e di FURUBOTN, *Economic Efficiency in a World of Frictions*, 8 *Eur. J. L. & Econ.* 179 (1999).
- ³³ Una descrizione accessibile degli assiomi proposti da Von Neumann e Morgenstern negli anni quaranta e da Savage negli anni cinquanta può leggersi in HEAP HARGREAVES (a cura di), *The Theory of Choice: A Critical Guide*, Oxford, 1992, ...
- ³⁴ V. BELL, RAIFFA e TVERSKY, *Decision Making*, Cambridge, 1988, 14: "models are usually formulated as first-cut approximations of the descriptive behavior of individuals." Una dettagliata ricostruzione del dibattito che seguì la formalizzazione della teoria dell'utilità attesa è proposta da GUALA, *The Logic of Normative Falsification: Rationality and Experiments in Decision Theory*, 7 *J. Econ. Methodol.* 59 (2000), il quale osserva (p. 64): "the prima facie 'reasonableness' of the axioms provided the empirical hypothesis that economic agents are EU maximizers with some plausibility..."
- ³⁵ Per una sintetica descrizione di questi esperimenti v. HARGREAVES HEAP, *The Theory of Choice* cit., ...
- ³⁶ Per una recente opinione in tal senso v. HOWARD, *In Praise of the Old Time Religion*, in EDWARDS (a cura di), *Utility Theories: Measurements and Applications*, Boston e al., 1992, 27, 31: "(t)here is no need for [the] descriptive model to have any relation to the normative theory on which decision analysis is based."
- ³⁷ Un confronto fra i diversi approcci è proposto da STARMER, *Developments in Non-Expected Utility Theory: The Hunt for a Descriptive Theory of Choice Under Risk*, 38 *J. Econ. Lit.* 332 (2000).
- ³⁸ V. GUALA, *The logic of normative falsification* cit., 80: "the normativity debate provided meta-criteria of acceptance for superseding theories of choice under risk." Nello stesso senso, ma con toni più critici nei confronti dei vincoli imposti dal modello normativo, STARMER, *Developments in Non-Expected Utility Theory* cit., 363: "(i)n seeking models of actual behavior, theorists ... have sought theories built upon consistency principles like transitivity and monotonicity. Not only has this been the standard approach, but those relatively rare theories that have not conformed with these principles have been widely criticized as unacceptable or implausible."
- ³⁹ V. STARMER, *Developments in Non-Expected Utility Theories* cit., 363: "like it or not, it seems that theories of well-behaved preferences in the conventional mould will not provide general descriptive models consistent with the experimental evidence." V. anche CAMERER, *Recent Tests of Generalizations of Expected Utility Theory*, in EDWARDS, *Utility Theories* cit., 207, 239: "(a)ll the new theories designed to explain violations of expected utility are themselves violated in other ways."

- ⁴⁰ V., ad es., LAIBSON e ZECKHAUSER, Amos Tversky and the Ascent of Behavioral Economics, 16 J. Risk and Uncert. 7, 8 (1998): "Amos Tversky awed economists with his powerful demonstrations of the gap between our theories and real behavior."
- ⁴¹ V. HAMMOND, Human Judgement and Social Policy, New York/Oxford, 1996, 103ss., per la distinzione fra coherence e correspondence theories nel campo della psicologia delle decisioni. Tale contrapposizione ricalca l'alternativa fra significati normativi e descrittivi della razionalità illustrata in precedenza nel testo. L'a., ad esempio, osserva (p.106): "correspondence theorists are interested in the way the mind works in relation to the way the world works, while coherence theorists are interested in the way the mind works in relation to the way it ought to work."
- ⁴² KAHNEMAN e TVERSKY, Prospect theory: An Analysis of Decision under Risk, 47 Econometrica 263 (1979), nonché TVERSKY e KAHNEMAN, Advances in Prospect theory: Cumulative Representation of Uncertainty, 5 J. Risk and Uncert. 297 (1992). L'analisi di JOLLS e al., A Behavioral Approach cit., 1478, 1535s., si richiama esplicitamente alla Prospect theory. Per una rassegna dei fenomeni che possono essere spiegati dal nuovo approccio ma non dalla teoria dell'utilità attesa v. CAMERER, Bounded Rationality in Individual Decision Making, 1 Experimental Econ. 163, 167s. (1998), nonché Prospect theory in the Wild: Evidence from the Field, in KAHNEMAN e TVERSKY, Choice, Values, and Frames, cit., 288.
- ⁴³ V. STARMER, Developments in Non-Expected Utility Theory cit., 353s.
- ⁴⁴ V. i riferimenti e la discussione in JUNGEMANN, The Two Camps on Rationality, in CONNOLLY e al., Judgement and Decision Making, cit., 575; HAMMOND, Human Judgment and Social Policy, cit., 203ss.; MELLERS e al., Judgment and Decision Making, 49 Ann. Rev. Psychol. 447 (1998). Con specifico riferimento al problema dei significati impliciti nelle comunicazioni verbali v. HILTON e SLUGOSKI, Judgement and Decision Making in Social Context: Discourse Processes and Rational Inference, in CONNOLLY e al., cit., 651, 671 ("respondents' answers may deviate from what might be expected from a normative model, not because of an individual's cognitive shortcomings, but because of his or her application of consensually shared rules of conversational inference") nonché FISCHHOFF, WELCH e FREDERICK, Construal Processes in Preference Assessment, 19 J. Risk and Uncert. 139 (1999). KAHNEMAN e TVERSKY, On the Study of Statistical Intuitions, 11 Cognition 123, 124 (1982) rispondono alle critiche osservando che la dimostrazione delle differenze fra il laboratorio e il mondo reale non prova la loro rilevanza per le decisioni individuali. Questo genere di argomentazioni non sembra in grado di risolvere la controversia sul metodo sperimentale.
- ⁴⁵ V., ad es., PLOTT, Rational Individual Behavior in Markets and Social Choice Processes: The Discovered Preference Hypothesis, in ARROW e al., Rational Foundations of Economic Behavior, London/New York, 1996, 225.
- ⁴⁶ V., ad es., SMITH, Rational Choice: The Contrast between Economics and Psychology, 99 J. Pol. Econ. 877, 887s. (1991). Esprimono riserve sull'efficacia degli incentivi HOGART e REDER, Introduction: Perspectives from Economics and Psychology, in Rational Choice, cit., 11ss.; TVERSKY e KAHNEMAN, Rational Choice and the Framing of Decisions, ibid., 67, 90. V. anche CAMERER, Rules for Experimenting in Psychology and Economics, and Why They Differ, in ALBERS e al. (a cura di), Understanding Strategic Interaction, Berlin, 1997, 313, 319, per l'osservazione che in caso di compiti molto semplici o molto difficili la presenza di incentivi potrebbe avere scarsa rilevanza.
- ⁴⁷ V. SMITH, Rational Choice cit., 878ss.
- ⁴⁸ V. le osservazioni di STARMER, Developments in Non-Expected Utility Theory cit., 371s.
- ⁴⁹ V. SMITH, Rational Choice cit., 880 in nota: "(w)e badly need the kind of cooperation between economics and psychology that would help us to better understand how, in Simon's ... well-known terminology, the procedural rationality of the individual allows substantively rational outcomes to be achieved over time in these markets."
- ⁵⁰ Le origini dei due approcci sono ricostruite da GOLDSTEIN e HOGART, Judgement and Decision Research: Some Historical Context, cit., 3ss. V. anche la testimonianza diretta di HAMMOND, Human Judgement and Social Policy, cit., 3ss., che diede avvio agli studi sulla corrispondenza fra processi cognitivi e caratteristiche dell'ambiente esterno.
- ⁵¹ V. HAMMOND, Human Judgement and Social Policy, cit., 9, 95ss.
- ⁵² V. supra, par. 2.
- ⁵³ Il legame fra caratteristiche dell'ambiente e strategia decisionale è particolarmente evidente nelle situazioni in cui la mancanza di tempo o di informazioni non consente di svolgere tutte le operazioni richieste da un'analisi statistica o matematica. Una strategia decisionale semplificata consente di utilizzare solo una parte delle informazioni potenzialmente rilevanti. Se la strategia tiene conto dei fattori più importanti in quel determinato contesto, le informazioni selezionate consentiranno di esprimere un giudizio accurato in un numero significativo di casi. Ad esempio, stabilire se domani piovverà richiede la valutazione di numerosi elementi, ma una previsione che tenga conto solo della direzione del vento potrebbe rivelarsi altrettanto affidabile. Sulle strategie decisionali "semplici e rapide" v., in generale, gli studi raccolti in GIGERENZER, TODD and the ABC Research Group, Simple Heuristics that Make Us Smart, New York/Oxford, 1999.

- ⁵⁴ La nozione di razionalità ecologica è illustrata da GIGERENZER e TODD, *Fast and Frugal Heuristics: The Adaptive Toolbox*, in GIGERENZER e al., *Simple Heuristics* cit., 18ss. V. anche BULLOCK e TODD, *Made to Measure: Ecological Rationality in Structured Environments*, 9 *Mind and Machines* 497 (1999). Un'analogo significato può riconoscersi alla nozione di "quasirazionalità" impiegata da HAMMOND, *Human Judgement and Social Policy*, cit., 161ss. La connessione fra limiti della razionalità e struttura del contesto della decisione era già presente in SIMON, *Rational Choice and the Structure of environments*, 63 *Psychol. Rev.* 129 (1956).
- ⁵⁵ V. KAHNEMAN e TVERSKY, *On the Reality of Cognitive Illusions*, 103 *Psychol. Rev.* 582 (1996): "the study of systematic error can illuminate the psychological processes that underlie perception and judgement." Nello stesso senso v. già TVERSKY, *Intransitivity of Preferences*, 79 *Psychol. Rev.* 31, 46 (1969): "(t)he main interest in the present results lies not so much in the fact that transitivity can be violated but rather in what these violations reveal about the choice mechanism ...".
- ⁵⁶ V. GIGERENZER e TODD, *Fast and Frugal Heuristics: The Adaptive Toolbox*, cit., 29: "whereas the heuristics-and-biases program portrays heuristics as a frequent hindrance to sound reasoning, rendering *Homo sapiens* not so sapient, we see fast and frugal heuristics as enabling us to make reasonable decisions and behave adaptively in our environment - *Homo sapiens* would be lost without them."
- ⁵⁷ Il funzionamento della recognition heuristic è descritto da GOLDSTEIN e GIGERENZER, *The Recognition Heuristic: How Ignorance Makes Us Smart*, in GIGERENZER e al., *Simple Heuristics* cit., 37ss. Le altre strategie menzionate nel testo sono illustrate da GIGERENZER e GOLDSTEIN, *Betting on One Good Reason: The Take the Best Heuristic*, *ibid.*, 75, 79ss. E' il caso di rilevare che la razionalità ecologica rappresenta per il momento una direzione di ricerca, ma non offre un'analisi esauriente di tutti gli aspetti del comportamento individuale. In particolare, ulteriori indagini sono necessarie per individuare le caratteristiche dell'ambiente che favoriscono il ricorso a determinate strategie e il modo in cui gli individui decidono quale strategia utilizzare. L'esito prevedibile di queste ricerche è la costruzione di una tassonomia che stabilisca il contesto più appropriato per ciascuna strategia. V., in proposito, le considerazioni di TODD e GIGERENZER, *What We Have Learned (So Far)*, in GIGERENZER e al., *Simple Heuristics* cit., 357ss.
- ⁵⁸ V., ad es., SIMON, *Methodological Foundations of Economics*, in *Models of Bounded Rationality: Empirically Grounded Economic Reason*, III, Cambridge, Mass., 1997, 319, con particolare riferimento alle strategie di ricerca e scoperta delle alternative disponibili.
- ⁵⁹ V., ad es., TVERSKY e KAHNEMAN, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, cit., 88s., per un esplicito riconoscimento dell'influenza esercitata dagli studi di Simon ("Prospect theory is an attempt to articulate some of the principles of perception and judgement that limit the rationality of choice").
- ⁶⁰ LAIBSON e ZECKHAUSER, *Amos Tversky and the Ascent of Behavioral Economics*, cit., 29, osservano che gli studi di Tversky non offrono alcuna indicazione normativa sul ruolo dell'intervento statale.
- ⁶¹ V., ad es., DENZAU e NORTH, *Shared Mental Models: Ideologies and Institutions*, 47 *Kyklos* 3, 22 (1994) ["(t)he path-dependence of the institutional development process can be derived from the way cognition and institutions in societies evolve. Both usually evolve incrementally but the latter, institutions, clearly are a reflection of the evolving mental models"], nonché KNIGHT e NORTH, *Explaining Economic Change*, 3 *Legal Theory* 211 (1997). KNIGHT, *Suboptimality and Social Institutions: The Relationship Between Cognition and Context*, in STREIT e al. (a cura di), *Cognition, Rationality, and Institutions*, Berlin, 2000, 11, descrive sinteticamente le relazioni causali fra processi decisionali e istituzioni: "cognition affects rational decisionmaking, rational decisionmaking affects the development of institutions, institutions affect rational decision making, institutions affect cognition, institutions affect social outcomes." WILLIAMSON, *Human Actors and Economic Organization*, *International Society for the New Institutional Economics*, Second Annual Conference, September 1998, 4, osserva che le strutture di governo delle attività economiche sono condizionate sia dal quadro istituzionale che dalle caratteristiche cognitive degli individui.
- ⁶² V., ad es., SLOVIC, *The Construction of Preference*, 50 *Am. Psychol.* 364, 369 ("decision making is a highly contingent form of information processing, sensitive to task complexity, time pressure, response mode, framing, reference points, and numerous other contextual factors") nonché PAYNE, BETTMAN e SCHKADE, *Measuring Constructed Preferences: Towards a Building Code*, 19 *J. Risk and Uncert.* 243 (1999) per ulteriori riferimenti.
- ⁶³ V. SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, cit., 118: "the legal system is pervasively in the business of constructing procedures, descriptions, and contexts for choice." La dipendenza delle scelte dal contesto solleva delicati interrogativi sulla possibilità che le preferenze espresse dai cittadini costituiscano una guida affidabile per l'azione statale. Questo problema è discusso *infra*, par. 5.
- ⁶⁴ Ad esempio, KAHNEMAN e TVERSKY, *Choices, Values, and Frames*, 39 *Am. Psychol.* 341 (1984), riprodotto in CONNOLLY e al., *Judgement and Decision Making*, cit., 147, chiedono a due gruppi di soggetti di scegliere il programma che sarà utilizzato per combattere una malattia asiatica. Nella prima versione del problema, le conseguenze associate a ciascun programma sono illustrate in termini di vite salvate. Nella seconda versione, le

conseguenze sono illustrate in termini di vite perse. Benchè i programmi siano formalmente identici, le risposte sono sistematicamente influenzate dalla presentazione del problema.

- ⁶⁵ V. GIGERENZER, How to Make Cognitive Illusions Disappear: Beyond "Heuristics and Biases", 2 Eur. Rev. Social Psychol. 83, 107ss. (1991), nonché On Narrow Norms and Vague Heuristics: A Reply to Kahneman e Tversky (1996), 103 Psychol. Rev. 592 (1996) e Rationality: Why Social Context Matters, in Adaptive Thinking, Oxford, 2000, 201ss. KNIGHT, Suboptimality and Social Institutions cit., 16s., critica invece l'approccio di HB per la mancanza di indicazioni sull'interazione fra contesto sociale e capacità cognitive degli individui. Sulle difficoltà connesse al passaggio dalla struttura superficiale di un problema alla sua "struttura profonda" v. WAGENAAR e al., Islanders and Hostages: Deep and Surface Structures of Decision Problems, 67 Acta Psychol. 175 (1988), riprodotto in GOLDSTEIN e HOGART, Research on Judgement and Decision Making, cit., 552. Un'ampia discussione dei metodi sperimentali utilizzati per accertare la rilevanza del contenuto della decisione è proposta da GOLDSTEIN e WEBER, Content and Discontent: Indications and Implications of Domain Specificity in Preferential Decision Making, ibid., 566.
- ⁶⁶ Sull'evoluzione delle caratteristiche genetiche che favoriscono l'affermazione di comportamenti cooperativi v. COSMIDES, The Logic of Social Exchange: Has Natural Selection Shaped How Humans Reason?, 31 Cognition 187 (1989); COSMIDES e TOOBY, Better than Rational: Evolutionary Psychology and the Invisible Hand, 84 Am. Econ. Rev. 327 (1994); RIDLEY, The Origins of Virtue: Human Instincts and the Evolution of Cooperation, New York, 1996. Sulle decisioni in condizioni di incertezza v. COSMIDES e TOOBY, Are Humans Good Intuitive Statisticians After All? Rethinking Some Conclusions from the Literature on Judgment Under Uncertainty, 58 Cognition 1 (1996).
- ⁶⁷ WILLIAMSON, Human Actors and Economic Organization, cit., 7ss., ritiene che la psicologia evolutiva sia compatibile con l'approccio neoistituzionale. V. però le critiche di VROMEN, Cognitive science meets evolutionary theory - what promise does evolutionary psychology hold out for economics ?, LaSCoMES Workshop on Cognitive Economics, Torino - Alessandria, November 2000. CAMERER, Bounded Rationality in Individual Decision Making, cit., 174s., rileva che lo studio dei processi di adattamento consente di razionalizzare ciò che già osserviamo, ma ben difficilmente offre utili indicazioni per la previsione di nuovi fenomeni. Una verifica sperimentale delle ipotesi sul comportamento cooperativo è proposta da HOFFMAN, MCCABE e SMITH, Behavioral Foundations of Reciprocity: Experimental Economics and Evolutionary Psychology, in SMITH, Bargaining and Market Behavior, New York, 2000, 177.
- ⁶⁸ V., in proposito, BEN-NER e PUTTERMAN, On Some Implications of Evolutionary Psychology for the Study of Preferences and Institutions, 43 J. Econ. Behav. & Org. 91 (2000); ZYWICKI, Evolutionary Psychology and the Social Sciences, George Mason University School of Law, Law and Economics Working Paper n. 35, October 2000; JONES, Law, Emotions, and Behavioral Biology, 39 Jurimetrics 283 (1999), nonché Time-Shifted Rationality and the Law of Law's Leverage: Behavioral Economics Meets Behavioral Biology, in corso di pubblicazione in 95 Nw. U. L. Rev. (2001). Alla biologia evolutiva ricorre POSNER, Rational Choice cit., 1561ss., per contestare l'impostazione della BLE.
- ⁶⁹ I toni del dibattito sono spesso molto accesi. V., ad esempio, lo scambio fra GOULD, Darwinian Fundamentalism, The New York Review of Books, 12 giugno 1997, e Evolution: The Pleasures of Pluralism, ibid., 26 giugno 1997, e PINKER, Evolutionary Psychology: An Exchange, ibid., 9 ottobre 1997, nonché gli studi raccolti in H. ROSE e al. (a cura di), Alas, Poor Darwin: Arguments against Evolutionary Psychology, New York, 2000. Una difesa di questo programma di ricerca è proposta da KETELAAR e ELLIS, Are Evolutionary Explanations Unfalsifiable? Evolutionary Psychology and the Lakatosian Philosophy of Science, 11 Psychol. Inquiry 1 (2000).
- ⁷⁰ V. COSMIDES e TOOBY, Are Humans Good Intuitive Statisticians After All? cit., 13: "(t)o say that we cannot solve a statistical problem correctly because it is "too complex" or because we have "mental limitations" is merely to restate the fact that we did not evolve the mechanisms for correctly solving it. It begs the question of why we did not." V. anche DROBAK, A Cognitive Science Perspective on Legal Incentives, in MÉNARD (a cura di), Institutions, Contracts and Organizations, Cheltenham, 2000, ..., per l'osservazione che "relying on an artificial construct, like the heuristics-illusions rational choice model, that has no support from what we know of the brain's actual workings may be a grand illusion of its own." E' il caso di ricordare che la BLE è stata accusata di non offrire indicazioni convincenti sull'interazione fra comportamenti individuali e contesto istituzionale (v. ISSACHAROFF, Can There Be a Behavioral Law and Economics ?, 51 Vand. L. Rev. 1729, 1742ss. (1998); HILLMAN, The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis cit., 730s.). Il ricorso ad approcci differenti potrebbe consentire di superare i limiti dell'attuale impostazione.
- ⁷¹ V. HOFFMAN e SPITZER, Willingness to Pay Vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications, 71 Wash. U. L. Q. 59, 66ss. (1993); KOROBIKIN, Policymaking and the Offer/Asking Price Gap: Toward a Theory of Efficient Entitlement Allocation, 46 Stan. L. Rev. 663, 667s. (1994).

- ⁷² V. KAHNEMAN e al., Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, 98 J. Pol. Econ. 1325 (1990), tr. it. Tests sperimentali sull' "effetto dotazione" e sul teorema di Coase, Riv. critica dir. privato, 1993, 363, nonché The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, in THALER, *The Winner's Curse*, Princeton, N.J., 1992, 63. Per altri riferimenti v. RABIN, *Psychology and Economics*, cit., 13ss.; CAMERER, *Individual Decision Making*, in KAGEL e ROTH (a cura di), *Handbook of Experimental Economics*, Princeton, 1995, 665ss.
- ⁷³ KOROBKIN, *Policymaking and the Offer/Asking Price Gap* cit., 671ss., ipotizza tre differenti situazioni. Nella prima, la DV e la DA di Tizio sono superiori alla DV e alla DA di Caio. Ad esempio, Tizio ha una DV di 12 e una DA 10, mentre Caio ha una DV di 5 e una DA di 4. Si tratta del caso più facile, perché qualunque assegnazione iniziale consentirà a Tizio di ottenere la risorsa. Nella seconda situazione, Tizio ha una DV di 9 e una DA di 5, mentre Caio ha una DV di 12 e una DA di 3. Chiunque ottenga per primo la risorsa non sarà disposto a scambiarla, ma l'efficienza dell'allocazione iniziale dipende dal valore che si decida di utilizzare come parametro di riferimento. Nella terza situazione, infine, sia la DV che la DA di Tizio sono superiori alla DV e alla DA di Caio, ma la DV di Caio è superiore alla DA di Tizio. Ad esempio, Tizio ha una DV di 12 e una DA di 8, mentre Caio ha una DV di 9 e una DA di 4. Anche in questo caso, l'assegnazione iniziale non è modificabile.
- ⁷⁴ V. KAHNEMAN e al., *Tests sperimentali sull' "effetto dotazione"* cit., 383, nonché *The Endowment Effect* cit., 67.
- ⁷⁵ V. gli esperimenti e gli esempi proposti da SAMUELSON e ZECKHAUSER, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 J. Risk and Uncert. 7 (1988).
- ⁷⁶ V. KAHNEMAN e al., *Tests sperimentali sull' "effetto dotazione"* cit., 365ss., 382. Questa osservazione potrebbe indicare che la preferenza per lo status quo ha un impatto modesto sui contratti di investimento nei mercati finanziari, nei quali l'obiettivo è la negoziazione dei valori mobiliari: in questo senso v. BAINBRIDGE, *A Behavioral Economic Analysis of Mandatory Disclosure* cit., 18ss. Un confronto di 45 studi sperimentali rileva che la differenza fra DV e DA è più elevata per beni pubblici e beni privi di un mercato di riferimento, raggiunge valori intermedi per beni privati ordinari ed è più bassa nel caso di scambi di denaro o di beni facilmente monetizzabili. V. HOROWITZ e MCCONNELL, *A Review of WTA/WTP Studies*, working paper, October 2000.
- ⁷⁷ V. ARLEN e al., *Endowment Effects, Other-Regarding Preferences and Corporate Law*, University of Southern California Law School, Olin Working Paper No. 00-2, April 2000.
- ⁷⁸ RACHLINSKI e JOURDEN, *Remedies and the Psychology of Ownership*, 51 Vand. L. Rev. 1541 (1998) conducono un esperimento che dimostra l'assenza di un effetto dotazione per beni che siano protetti esclusivamente da rimedi risarcitori.
- ⁷⁹ Sugli effetti della partecipazione ripetuta v. le osservazioni di HOFFMAN e SPITZER, *Willingness to Pay Vs. Willingness to Accept* cit., 69ss. La rilevanza dell'effetto dotazione per le imprese è sostenuta da KAHNEMAN e al., *Tests sperimentali sull' "effetto dotazione"* cit., 384ss. e negata da HOVENKAMP, *Legal Policy and the Endowment Effect*, 20 J. Legal Stud. 225, 236s. (1991) e da KOROBKIN, *Policymaking and the Offer/Asking Price Gap* cit., 672s. [lo stesso autore esprime però un'opinione opposta in *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 Cornell L. Rev. 608, 663s. (1998)].
- ⁸⁰ V. HANEMANN, *Willingness to Pay and Willingness to Accept: How Much Can They Differ ?*, 81 Am. Econ. Rev. 635 (1991); SHOGREN e al., *Resolving Differences in Willingness to Pay and Willingness to Accept*, 84 Am. Econ. Rev. 255 (1994); MORRISON, *Willingness to Pay and Willingness to Accept: Some Evidence of an Endowment Effect*, 29 Applied Econ. 411 (1997). V. anche la discussione in CURRAN, *Endowment Effect*, in BOUCKAERT e DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics*, I, Cheltenham, 2000, 819.
- ⁸¹ V. i riferimenti e la discussione in KOROBKIN, *Policymaking and the Offer/Asking Price Gap* cit., 675ss., nonché ZERBE, *Is Cost-Benefit Analysis Legal ? Three Rules*, 17 J. Pol. Anal. & Mgmt 419 (1998) (dello stesso autore v. anche *Economic Efficiency in Law and Economics*, Cheltenham, 2001, in corso di pubblicazione).
- ⁸² V. TVERSKY e KAHNEMAN, *Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model*, 106 Q. J. Econ. 1039 (1991).
- ⁸³ V. HOFFMAN e SPITZER, *Willingness to Pay Vs. Willingness to Accept* cit., 91 ("in many circumstances it is unclear whether a change in ownership is a gain or a loss"); KOROBKIN, *The Status Quo Bias* cit., 657 ["(t)he concept of loss aversion ... is neither completely satisfying nor helpful because it provides no motivational theory: why are individuals often loss-averse ?"]; ARLEN e al., *Endowment Effects* cit., 20 ("stating that a person 'endowed' with a good exhibits loss aversion does not help us predict under what circumstances a person will 'endow' a good").
- ⁸⁴ La difficoltà di separare l'influenza esercitata dalla percezione del rischio e dalle modalità di rappresentazione dei termini della scelta è sottolineata da LEVIN e al., *All Frames Are Not Created Equal: A Typology and Critical Analysis of Framing Effects*, 76 Org. Behav. & Human Dec. Proc. 149, 157 (1998): "(t)he interpretation of risky choice framing is complicated by the fact that the framing manipulation involves a) the dependent measure of choice

and b) the presence of risk ... Adding risk to the picture only makes it more difficult to extract what influence the frame, as opposed to the risk, is having on information processing."

⁸⁵ Un esempio di tale impostazione è offerto dall'articolo di COHEN e KNETSCH, *Judicial Choice and Disparities Between Measures of Economic Value*, 30 *Osgoode Hall L. J.* 737 (1992). I due autori interpretano una serie di istituti giuridici nel campo della proprietà e del contratto alla luce del fenomeno dell'avversione alle perdite. La tesi principale è che tale fenomeno riflette le reali preferenze degli individui e deve essere incorporato nelle valutazioni dei giudici e dei legislatori. In termini non diversi, SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, cit., 131ss., si limita ad elencare le conseguenze dell'avversione alle perdite per il teorema di Coase, la responsabilità civile e il diritto del lavoro.

⁸⁶ V. KOROBKIN, *Status Quo Bias* cit., 633ss., nonché *Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms*, 51 *Vand. L. Rev.* 1583 (1998). Una sintesi dei due articoli può leggersi in KOROBKIN, *Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law*, in SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics*, cit., 116. I collegamenti fra effetto dotazione, preferenza per lo status quo e regole di default sono discussi anche da ULEN, *Rational Choice and the Economic Analysis of Law*, *Law and Social Inquiry*, 1994, 487, 517ss.; KAHAN e KLAUSNER, *Path Dependence in Corporate Contracting: Increasing Returns, Herd Behavior and Cognitive Biases*, 74 *Wash. U. L. Q.* 347 (1996); MILLON, *Default Rules, Wealth Distribution, and Corporate Law Reform: Employment at Will Versus Job Security*, 146 *U. Pa. L. Rev.* 975 (1998); SUNSTEIN, *Human Behavior and the Law of Work*, Chicago John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 100 (2d Series), June 2000, in corso di pubblicazione in *Va. L. Rev.* (2001), nonché *Switching the Default Rule*, Chicago John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 114 (2d Series), in corso di pubblicazione in *N. Y. U. L. Rev.* (2001).

⁸⁷ KOROBKIN, *Status Quo Bias* cit., 644.

⁸⁸ V. KOROBKIN, *Status Quo Bias* cit., 647ss., nonché *Inertia and Preference in Contract Negotiation* cit., 1593ss.

⁸⁹ V. KOROBKIN, *Inertia and Preference in Contract Negotiation* cit., 1610ss., per l'applicazione della regret theory alla negoziazione di clausole contrattuali.

⁹⁰ In questo senso v. KOROBKIN, *Status Quo Bias* cit., 664ss.

⁹¹ Quando la regola di default è a favore del vettore, il suo mantenimento lo mette al riparo dai danni che potrebbero derivare da eventi imprevisti. Tuttavia, il vettore rinuncia ad un aumento del prezzo del contratto, che potrebbe compensarlo dei maggiori rischi. Quando la regola di default è a favore dell'altra parte, il vettore non è in grado di stabilire la cifra che gli conviene offrire in cambio di un esonero dalla responsabilità per eventi imprevisti.

⁹² Quando la scelta riguarda due opzioni rischiose, l'impatto delle modalità di rappresentazione può essere valutato solo se l'opzione più rischiosa è chiaramente riconoscibile. In caso contrario è pressoché impossibile stabilire se la scelta è dovuta alla rappresentazione (nel caso degli esperimenti di Korobkin, all'allocazione della regola di default) o alla percezione soggettiva dei rischi connessi a ciascuna alternativa. V., in proposito, LEVIN e al., *All Frames Are Not Created Equal* cit., 176; KÜHBERGER, *The Influence of Framing on Risky Decisions: A Meta-analysis*, 75 *Org. Behav. & Human Dec. Proc.* 23, 43 (1998).

⁹³ KOROBKIN, *Status Quo Bias* cit., 670ss. L'a. osserva anche (p. 674) che il numero di interventi dei giudici potrebbe essere ridotto applicando gli standard generici ad eventi poco probabili, mentre la regola di invalidità dovrebbe essere applicata agli aspetti salienti del contratto, normalmente presi in considerazione dalle parti.

⁹⁴ KOROBKIN, *Status Quo Bias* cit., 643 in nota, osserva che l'incertezza sull'esito della scelta avrebbe dovuto provocare una maggiore dispersione delle risposte. L'esperimento documenta invece una differenza statisticamente significativa fra le risposte dei due gruppi. Il problema è che tutti i comportamenti osservati sono compatibili con processi mentali semplificati che riducono i costi cognitivi della decisione. V. *infra* nel testo.

⁹⁵ V. SUNSTEIN, *Switching the default rule*, cit., 13: "(i)f the endowment effect is at work, the two results are different, but they will both be efficient ... In the presence of an endowment effect, the efficiency criterion is indeterminate and therefore unhelpful." Richiamando la letteratura sulla path dependence, KOROBKIN, *Status Quo Bias* cit., 667s., propone di distinguere fra efficienza locale, che le parti sono in grado di raggiungere sotto l'influenza dello status quo, ed efficienza globale, che il legislatore potrebbe realizzare adottando una diversa disciplina legale. Si consideri, però, che la difficoltà principale consiste proprio nello stabilire quale delle due situazioni sia 'globalmente efficiente', mentre nel caso della path dependence i costi di transizione ad un nuovo regime impediscono di abbandonare un equilibrio del quale si riconosce con chiarezza l'inefficienza.

⁹⁶ KOROBKIN, *Inertia and Preference in Contract Negotiation* cit., 1605ss., dimostra che lo status quo potrebbe coincidere con le clausole di un contratto standard. Nessuna indicazione viene però fornita sulle ragioni che spingono le parti a riconoscere lo status quo nella prassi commerciale o nella disciplina legale.

- ⁹⁷ V. JOHNSON e al., Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions, 5 J. Risk and Uncert. 35, 48 (1993). Questo esempio è richiamato, fra gli altri, da COHEN e KNETSCH, *Judicial Choice* cit., 747; ULEN, *Rational Choice and the Economic Analysis of Law*, cit., 506s.; KOROBIKIN, *Status Quo Bias* cit., 628s.
- ⁹⁸ Il numero delle opzioni varia da stato a stato, ma è di solito superiore a quello indicato nel testo. Per informazioni in proposito v. il sito del Pennsylvania Insurance Department (www.insurance.state.pa.us/, visitato il 1° marzo 2001), nonché il sito del Department of Insurance del New Jersey (www.naic.org/nj/byguid.html, visitato il 1° marzo 2001).
- ⁹⁹ V. JONES, *Time-Shifted Rationality* cit., 18: "without a theory of where these anomalies come from, why they appear, and how they may be connected it is difficult to anticipate in whom they will appear, in what contexts, and with what vigor." V. però PATT e ZECKHAUSER, *Action Bias and Environmental Decisions*, 21 J. Risk and Uncert. 45 (2000) per un tentativo di individuare i casi in cui la tendenza ad agire bilancia la preferenza per lo status quo.
- ¹⁰⁰ V., ad es., la discussione di SUNSTEIN, *Human Behavior and the Law of Work*, cit., 13ss., 21s., nonché *Switching the default rule*, cit., 12, sulla disciplina della cessazione del rapporto di lavoro. L'a. osserva che il passaggio dal regime di licenziamento a discrezione del datore di lavoro, prevalente negli Stati Uniti, ad un regime di licenziamento per giusta causa potrebbe consentire ai lavoratori di negoziare in modo più consapevole le condizioni del loro rapporto contrattuale. Tuttavia, una volta stabilita una regola di default a favore dei lavoratori, l'effetto dotazione potrebbe impedire di rinunciare anche quando il datore di lavoro offra un prezzo ragionevole. In tal caso una disciplina legale favorevole ai lavoratori risulterebbe meno vantaggiosa di una disciplina che attribuisce al datore di lavoro il diritto di licenziare. Pertanto, un'analisi basata esclusivamente sulla preferenza per lo status quo non consente di identificare il regime più adeguato.
- ¹⁰¹ V. SIMON, *Invariants of Human Behavior*, 41 Ann. Rev. Psychol. 1, 9s. (1990).
- ¹⁰² V. GOLDSTEIN e GIGERENZER, *The Recognition Heuristic: How Ignorance Makes Us Smart*, cit., 37ss; G. KLEIN, *Sources of Power: How People Make Decisions*, Cambridge, Mass., 1999, 15ss.
- ¹⁰³ V. MACLEOD, *Complexity, Bounded Rationality and Heuristic Search*, March 1999, 3: "(i)f exhaustive search is not possible, then this implies that the [starting point] will affect the set of alternatives explored, and hence the final decision. Given that the way a problem is posed is likely to affect the way one begins to think about it ..., the model also naturally incorporates framing effects that Kahneman and Tversky ... find are a ubiquitous characteristic of human decision making." Analoghe osservazioni sono proposte da SELTEN, *Features of Experimentally Observed Bounded Rationality*, 42 Eur. Econ. Rev. 413, 415s. (1998).
- ¹⁰⁴ V. MACLEOD, *Complexity, Bounded Rationality and Heuristic Search*, cit., 41: "in situations where the costs subjectively appear to be much larger than the gains, further search is unlikely to occur, producing a status quo effect when an individual receives only a small amount of new information."
- ¹⁰⁵ V., ad es., gli studi relativi alla scelta delle assicurazioni sanitarie e dei piani pensionistici illustrati da SAMUELSON e ZECKHAUSER, *Status Quo Bias in Decision Making*, cit., 26ss.
- ¹⁰⁶ KOROBIKIN, *Inertia and Preference in Contract Negotiation* cit., 1624s.
- ¹⁰⁷ V., in proposito, la rassegna di CAMERER, *Individual Decision Making*, cit., 644ss.
- ¹⁰⁸ V. RODE e al., *When and Why Do People Avoid Unknown Probabilities in Decisions Under Uncertainty ? Testing Some Predictions from Optimal Foraging Theory*, 72 Cognition 269, 284s. (1999) ("lacking probability information implies lacking the opportunity to predict your outcome. The estimated outcome thus has a larger range and accordingly larger variance than the option with a known probability"); RODE e WANG, *Risk-Sensitive Decision Making Examined Within an Evolutionary Framework*, 43 Am. Behav. Scient. 926, 930 (2000) ("if the precise probability of an option is not stated, there are as many as expected payoffs as there are possible probabilities").
- ¹⁰⁹ V. RODE e al., *When and Why Do People Avoid Unknown Probabilities* cit., 291: "(p)eople choose on the basis of subjective needs. If their need in a particular situation is lower than the mean outcome of the known-risk [option], subjects will choose the known-risk [option]. If their need is higher than the mean outcome of the known-risk box, the ambiguous box will be chosen."
- ¹¹⁰ V. KOROBIKIN, *Inertia and Preference in Contract Negotiation* cit., 1591: "(a)lthough subjects in both conditions clearly would prefer a contract with an "excuse" term to one with a "no excuse" term, their preference for the former was much stronger when it was identified as the default than when it was identified as the alternative."
- ¹¹¹ V. ELSTER, *Alchemies of the Mind*, New York, 1999, 10: "a set of sufficient conditions that can be realized in experimental situations may not often appear in real-life cases. Knowing that C₁, C₂ ... C₄ are sufficient for X to occur and D₁, D₂ ... D₅ are sufficient for Y to occur does not help us to predict what will happen in the presence of C₁, C₃, D₂, D₄."
- ¹¹² L'avversione alla variabilità rappresenta un argomento a favore di una disciplina legale che faciliti lo scioglimento del contratto in presenza di circostanze sopravvenute. Per una discussione delle posizioni favorevoli e contrarie ad

- un'amministrazione liberale della risoluzione per eccessiva onerosità v. BELLANTUONO, I contratti incompleti nel diritto e nell'economia, Padova, 2000, 126ss.
- ¹¹³ V. BAIRD e al., *Game Theory and the Law*, Cambridge, Mass., 1994, 224 : "(i)n most actual bargains ... what matters is the alternatives that each of the parties enjoy. Many legal rules do not affect the actual bargaining process itself, but rather the alternatives that each party has to continuing the negotiations". Con specifico riferimento all'impracticability, GERGEN, *A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts*, 71 *Ind. L. J.* 45 (1995) osserva che "the real value of these doctrines often lies in the way they reduce incentives for strategic bargaining".
- ¹¹⁴ Questa proposta non preclude il ricorso a clausole generali come la buona fede per contrastare i comportamenti opportunistici. Tale categoria di norme non è completamente priva di un contenuto informativo, dovuto alla stratificazione degli orientamenti giurisprudenziali. SUNSTEIN, *Switching the Default Rule*, cit., 6, ammette che l'influenza delle regole di default potrebbe essere collegata alle informazioni che trasmettono ["(i)t seems reasonable to speculate that in many cases, the default rule carries information about what ordinary or sensible practice. This too is a central reason that the default rule can matter."].
- ¹¹⁵ Come osserva KLEIN, *Sources of Power* cit., 271, "(p)oor outcomes are different from poor decisions. The best decision possible given the knowledge available can still turn out unhappily... I define a poor decision - where we regret the process we used - in the following way: A person will consider a decision to be poor if the knowledge gained would lead to a different decision if a similar situation arose." Seguendo tale principio, le regole di default dovrebbero incentivare i contraenti a considerare le informazioni che siano utilizzabili senza eccessivi costi cognitivi e consentano di circoscrivere le conseguenze negative di eventi imprevedibili.
- ¹¹⁶ COASE, *Il problema del costo sociale*, in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, 222: "tutte le soluzioni hanno dei costi, e non c'è alcuna ragione per supporre che la regolazione da parte del governo si renda necessaria solo perché il problema non è ben risolto dal mercato o dall'impresa."
- ¹¹⁷ Molti manuali di microeconomia fanno esplicito riferimento al confronto fra stato e mercato. V., ad es., STIGLITZ, *Principi di Microeconomia*, 2° ed., Torino, 1999, 109ss.; HIRSHLEIFER e GLAZER, *Price theory and Applications*, 5° ed., Englewood Cliffs, 1992, 479ss.; KATZ e ROSEN, *Microeconomia*, Milano, 1996, 479s.; DELBONO e ZAMAGNI, *Microeconomia*, Bologna, 1997, 136ss.
- ¹¹⁸ V., in generale, CONNOLLY e al., *Judgment and Decision Making*, cit., 301ss.
- ¹¹⁹ Su questo tema v. G. BELLANTUONO, *Contratti incompleti e norme sociali*, in corso di pubblicazione in *Riv. critica dir. privato*, 2001.
- ¹²⁰ Questi esempi sono discussi infra nel testo.
- ¹²¹ Si tratta cioè di garantire che il processo decisionale prenda in considerazione le informazioni più rilevanti per il compito che l'istituzione deve svolgere. V. supra, par. 3, i riferimenti all'idea di razionalità ecologica.
- ¹²² V., in una prospettiva esplicitamente comparativa, GILLETTE e KRIER, *Risk, Courts, and Agencies*, 138 *U. Pa. L. Rev.* 1027, 1100 (1990): "(a)gencies and courts alike proceed episodically, the one pushed by interest groups, the other by litigants. Agencies and courts alike bring particular perceptions to questions of risk. Agencies and courts alike cope with uncertainty in a fashion far from perfect."
- ¹²³ Secondo VERMEULE, *Interpretive Choice*, 75 *N.Y.U. L. Rev.* 74 (2000), i giudici dispongono di un vantaggio informativo nella valutazione dei carichi di lavoro e dell'incertezza che potrebbero derivare dall'applicazione di ciascun criterio di interpretazione, ma non sarebbero in grado di prevedere gli effetti complessivi di una legge. Tale osservazione suggerirebbe di adottare criteri formalistici, di non esaminare i lavori preparatori e di applicare in modo rigido il principio dello stare decisis. Al di là dei meriti di questa proposta, l'analisi di Vermeule consente di distribuire le competenze fra giudici e legislatori confrontando i rispettivi processi decisionali. V. anche SUNSTEIN, *Must Formalism Be Defended Empirically ?*, 66 *U. Chi. L. Rev.* 636, 641s., per l'osservazione che "the ultimate issue is what interpretive strategy will create lower costs of decision and costs of error."
- ¹²⁴ V., in generale, SHEPSON e BONCHEK, *Analyzing Politics*, New York/London, 1997; COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton, N.J., 2000.
- ¹²⁵ V., ad es., la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2000, che introduce in via sperimentale l'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese, in attuazione dell'art. 5 l. 8 marzo 1999, n. 50. Secondo il par. III), n. 1 della direttiva, "l'AIR è uno strumento per stabilire la necessità di un intervento di regolamentazione e per scegliere quello più efficace." Per un primo commento sulle modalità di attuazione dell'AIR v. ARCURI e VAN DEN BERGH, *Metodologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi-benefici*, in corso di pubblicazione in *Mercato, concorrenza e regole*, 2001.
- ¹²⁶ V. E. POSNER, *Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 119 (2d Series), in corso di pubblicazione in 68 *U. Chi. L. Rev.* (2001), 4: "(t)he purpose of requiring agencies to perform cost-benefit analysis is not to ensure that regulations are efficient;

it is to ensure that elected officials maintain power over agency regulation". V. anche SPILLER e TILLER, *Decision Costs and the Strategic Design of Administrative Process and Judicial Review*, 26 J. Legal Stud. 347 (1997) che discutono l'ipotesi in cui l'analisi costi-benefici serve ad aumentare i costi di decisione di un'agenzia e ad aumentare i poteri di controllo dei giudici.

¹²⁷ In questo senso v. SUNSTEIN e ULLMAN-MARGALIT, *Second-Order Decisions*, Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper No. 01, 1999, nel quadro di una discussione delle situazioni in cui la delega delle decisioni consente di ridurre i costi della decisione.

¹²⁸ V. KAPLOW e SHAVELL, *Fairness Versus Welfare*, 114 Harv. L. Rev. 961, 1380 (2001): "(t)he normative economic approach - welfare economics - is committed to determining which legal rules and institutions best promote individuals' well-being. The appropriate positive analysis is, by definition, that which provides the most accurate predictions of behavior, thus allowing the analyst to determine as reliably as possible which policies are best for individuals... whatever are the actual effects of legal rules and however they might best be determined, our argument is that legal rules should be evaluated based solely on the resulting levels of individuals' well-being...". Per un'analoga posizione v. anche QUATTRONE e TVERSKY, *Contrasting Rational and Psychological Analyses of Political Choice*, 82 Am. Pol. Sc. Rev. 719 (1988).

¹²⁹ V. SUNSTEIN, *Cognition and Cost-Benefit Analysis*, 29 J. Legal Stud. 1059, 1067 (2000): "(t)he effect of cost-benefit analysis is to subject a public demand for regulation to a kind of technocratic scrutiny, to ensure that the demand is not rooted in myth, and to ensure as well that government is regulating risks even when the public demand (because insufficiently informed) is low."

¹³⁰ V. LICHTENSTEIN e al., *When Lives Are in Your Hands: Dilemmas of the Societal Decision Maker*, in HOGART (a cura di), *Insights in Decision Making*, Chicago/London, 1990, 91, 101: "experts and the [societal decision maker] are also subject to the influence of cognitive biases and heuristics. That is one good reason for using a formal decision-aiding technique like decision analysis."

¹³¹ V. ADLER e E. POSNER, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 109 Yale L. J. 165, 168 (1999): "[Cost-Benefit Analysis] is justified, even if it sometimes produces undesirable outcomes, as long as the total costs associated with CBA (the costs of undesirable outcomes, plus procedural costs) are lower than the total costs associated with alternative decision procedures."

¹³² Un esempio di questo genere di problemi è fornito da R. POSNER, *Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment On Conference Papers*, 29 J. Legal Stud. 1153, 1161 (2000). Di fronte alla notizia di nuovi rischi, i timori dell'opinione pubblica sono spesso superiori alla loro effettiva entità. Questo comportamento "allarmistico", d'altra parte, non rappresenta necessariamente un errore cognitivo. La novità della situazione impedisce di stabilire se si tratta di un pericolo ricorrente o isolato, oppure se possa avere gravi conseguenze. Contrariamente a quanto ritiene SUNSTEIN, *Cognition and Cost-Benefit Analysis*, cit., 1070s., il problema principale, in questo caso, non è la correzione di un comportamento irrazionale, bensì la predisposizione di misure che non servano solo a tranquillizzare l'opinione pubblica, ma garantiscano un'efficace riduzione dei rischi.

¹³³ V. NOLL e KRIER, *Some Implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation*, 19 J. Legal Stud. 747, 772ss. (1990); VISCUSI, *Rational Risk Policy*, Oxford, 1998, 104 ["(f)rom a political standpoint, responding to citizen fears may be a "rational" political act that maximizes popular support, but it may not foster more rational societal risk decisions... the outcome is that risk policies now institutionalize private decision failures."].

¹³⁴ V. SIMON, *Administrative Behavior*, 4° ed., New York, 1997, 92: "(o)ne function that organization performs is to place the organization members in a psychological environment that will adapt their decisions to the organization objectives, and will provide them with the information needed to make these decisions correctly."